

مركز البحوث والدراسات



المرجع في العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية

دراسة تحليلية مقارنة

تأليف

د. حمدي محمد العجمي

بسم الله الرحمن الرحيم



مركز البحوث والدراسات

المرجع
في العقود الإدارية
في المملكة العربية السعودية
دراسة تحليلية مقارنة

تأليف
د. حمدي محمد العجمي

١٤٣٩هـ - ٢٠١٨م

بطاقة الفهرسة

ⓒ معهد الإدارة العامة، ١٤٣٩هـ

فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر.

المرجع في العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية - دراسة تحليلية مقارنة/ حمدي محمد العجمي

الرياض، ١٤٣٩هـ

٥٠٨ ص؛ ١٧سم × ٢٤سم.

ردمك: ٩٩٦٠-١٤-٢٧١-X

١- العقود الإدارية - قوانين وتشريعات - السعودية

٢- القانون الإداري - السعودية أ. العنوان

ديوي ٣٤٦,٥٣١٠٢٣ ١٤٣٩/٤٧٨٨

رقم الإيداع: ١٤٣٩/٤٧٨٨

ردمك: ٩٩٦٠-١٤-٢٧١-X

قائمة المحتويات

قائمة المحتويات



٦

مقدمة:

تلتــزم الإدارة بتحقيق المصالح العامة، التي هي أســاس وجودها، فوجود الإدارة مرتبط ارتباطــاً وثيقاً بالصالــح العام، وتتخذ الإدارة في ســبيل تحقيق هذه المصالــح العامة عدة وســائل، كل منها تراعي فيه أن يتناســب مع طبيعة المصلحة المــراد تحقيقها، ولقد كانت العقود الإدارية واحدة من أهم وسائل الإدارة لتحقيق الصالح العام.

وتتطــور العقود الإدارية في أنواعها وأســاليبها بتطور الإدارة العامة، كما تتســع دائرتها بتوجهــات الدولة نحــو مناحي التنمية المختلفــة، فالتنمية الشــاملة والواعية هي المجال الخصب لاتساع دائرة العقود وتنوعها على المستويات كافة لا سيما الإنشائية منها والتقنية.

ولأن لهــذه لعقــود أهميتها في تحقيق التنمية، فلابد أن تتــأتى في حدود قواعد نظامية يرســمها المنظم في المراحــل الإجرائية والعقدية كافة حتى تتم في الصــورة المأمولة منها في تحقيــق التنميــة، وإلا أصبحت هذه العقود حجر عثرة يعيــق تقدمها المأمول، بدلاً من أن تكون أداة لتحقيق التنمية لا سيما في مشاريع البنية التحتية.

ولذلــك فقد حرص المنظم الســعودي ومنذ فترة طويلة وليســت مــن اليوم على وضع القواعــد النظاميــة التي تحقق الغاية المرجــوة من إبرام العقود، آخرها نظام المنافســات والمشــتريات الحكوميــة، وإن كان ذلــك كذلك إلا أنه في نفس الوقــت لم يتراخ المنظم عن مراقبــة الوضع العام لتنفيذ العقود، فقد تكون الحاجة ماســة أحياناً لتعديلها أو لتفعيلها بشكل يتناسب مع الأوضاع والمستجدات على الصعيد المحلي والدولي، لذلك وبعين المصلحة العامة يراقب سير العمليات التعاقدية متعاوناً في حل مشاكلها، من ذلك على سبيل المثال ما قرره مجلس الوزراء في قراره رقم ١٥٥ بتاريخ ١٤٢٩/٦/٥هـ بالموافقة على قواعد وإجراءات معالجة التأخير في تنفيذ المشاريع الحكومية؛ وذلك من أجل إنجاز المشاريع المتعثرة، تحقيقاً للصالح العام الذي يتضرر من تأخير إنجاز تلك المشروعات.

لقد وضع النظام السعودي الكثير من القواعد التي احتواها نظام المنافسات والمشتريات الحكوميــة ولائحته التنفيذية وكذلك الأنظمة الأخــرى المنظمة لعقود الإدارة، ما يحقق به المبادئ الحاكمة للعقود الإدارية التي تهدف جميعها لتحقيق المصلحة العامة، فما الشفافية والمســاواة والعدالــة التي تحيط بالعملية الإجرائية والعقديــة إلا لتحقيق الصالح العام في

أفضـل صورة ممكنة، لذلـك مهما تعددت الأنظمـة المتعلقة بعقـود الإدارة فإنها تهدف جميعها للوصول إلى غاية واحدة مفادها تحقيق الصالح العام.

أهمية الكتاب وأهدافه:

تتـأتى أهمية الكتاب من خلال موضوعه فلا يمكن إنكار أهمية العقود الإدارية وتعلقها بالصالـح العام من خلال دورها في التنمية بجميـع أبعادها من جهة وتعلقها بحماية المال العـام من جهة أخرى، ومن الناحية العلمية فإن الكتاب يقدم دراسـة شـاملة عن العقود التي تبرمها الإدارة في النظام السعودي، مستهدفاً تمييز العقد الإداري فقهاً وقضاء، مع تبيان لأهـم العقود وتطبيقاتها القضائيـة في المملكة، بالإضافة إلى تحديـد القيود والمبادئ التي تحكـم العقود الإدارية، وطرق إبرامها، ومدى كفايتهـا في تحقيق المبادئ التي يقوم عليها النظام، كما يسـتهدف دراسة الآثار النظامية المترتبة على إبرام العقد الإداري لطرفي العلاقة التعاقدية، وأخيراً يستهدف توضيح مسائل المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية كافة.

منهجية الكتاب:

تتحـدد منهجية الكتاب في المنهج الوصفي التحليلي بشـكل يسـتوعب دراسـة النظام السـعودي صياغة وكفاية، والفقه تحليلاً، وترجيحـاً، والقضاء أحكاماً ومبادئ، من خلال ما كتب في الموضوع قديمه وحديثه، فقهاً وقضاءً في الأحكام المنشورة وغير المنشورة إلى أحدث أحكام الديوان.

وسـتقتصر الدراسـة على النظام السـعودي إلا في الموضوعات التي تسـتدعي دراستها الرجوع إلى جذورها الفرنسية وبالقدر اللازم لتوضيح الموضوع محل الدراسة، وهو ما جاء في تحديد معيار العقد الإداري، ونظريات التوازن المالي. وينسحب ذلك المنهج أيضاً على أحكام القضاء المصري فقد أتى سـياقه إما تأكيداً أو تبياناً لاختلاف مع القضاء السـعودي، وبالقدر الـلازم أيضاً لتوضيح الفكرة، أو تأكيدها بعيداً عن المقارنـة مع أي نصوص قانونية إلا نادراً جداً وبعيداً عن المتن، وبالتالي فإن المقارنة هي مقارنة محدودة بموضوعات معينة وليسـت في كل موضوعات الكتاب.

خطة الكتاب.

تتحــدد خطة الكتاب في تمهيد عن التطور التاريخــي للتنظيم القانوني للعقود الإدارية، وأربعة أبواب، خصص الباب الأول منها عن ماهية العقد الإداري وأنواعه، والباب الثاني عن إبرام العقود الإدارية، والباب الثالث عن الآثار المترتبة على إبرام العقود الإدارية، أما الباب الرابــع الأخير فــكان عن منازعات العقود الإدارية، وكل باب من هذه الأبواب قســمته إلى فصول، وكل فصل من الفصول قسمته إلى مباحث، ونظراً لتعذر تقسيم الأخيرة إلى مطالب في بعض المباحث، ولتحقيق اتساق الشكل في كافة تقسيمات الكتاب فقد قسمتها إلى بنود، ثم تلا الباب الرابع، الخاتمة، ومراجع الكتاب.

والله تعالى وحده أسأله التوفيق والسداد، فالله سبحانه وتعالى نعم المولى ونعم المعين.

١٠

تمهيد

التطور التاريخي للتنظيم القانوني للعقود الإدارية في المملكة العربية السعودية

إن عقــود الإدارة قديمة قدم الإدارة ذاتها فمتطلبات المصالح العامة قد اســتدعت قيام الإدارة بإبرام العقود ضماناً لتســيير هذه المصالح، ولهذا الارتباط، ولأن الإدارة من ســماتها التطــور، فإن العقود التــي تبرمها الإدارة قد نالتها تلك الســمة، وتطــورت بتطور الإدارة، فتعددت أنواعها، وتنوعت غاياتها.

وفي المملكــة العربية الســعودية حال نشــأتها لم يكن هناك – على حــد علمي- نظام مســتقل لتنظيم إبرام العقود الإدارية وإنما وجدت بعض العقــود والاتفاقيات والقرارات المتفرقــة المتعلقة بالعقود الإدارية، وعلى هذا يمكن التأريخ لنشــأة أنظمة العقود الإدارية في المملكة بنظامي المزايدات والمناقصات العلنية[1] واللذين صدرا بالأمر السامي رقم ٥٥١٠ وتاريخ ١٣٦١/٤/١٧ هـ والأمر الســامي رقم ٨٤٢٧ وتاريخ ١٣٦١/٧/٣ هـ[2]، ومروراً بنظام الممثلين الماليين الصادر بالمرســوم الملكي رقم ٨٥ وتاريخ ١٣٨٠/٩/٢٠ هـ ونظام المناقصات والمزايدات الصادر بالمرســوم الملكي رقم (م/٦) في ١٣٨٦/٢/٢٤هـ[3] والمعدل بالمرسوم الملكي رقم م/٥٠ وتاريخ ١٣٩٣/١٢/٢٦ هـ والمعدل بالمرسوم الملكي رقم م/٣٥ وتاريخ ١٣٩٦/٦/٢٨ هــ[4]، ونظام تأمين مشــتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها، بالمرســوم الملكي رقم م/١٤ وتاريــخ ١٣٩٧/٤/٧هــ[5] ولائحته التنفيذية الصادرة بالقــرار الوزاري رقم ٩٧/٢١٣١ وتاريــخ ١٣٩٧/٥/٥ هـ وصولاً إلى نظام المنافســات والمشــتريات الحكومية الحالي الصادر

---

(١) هذه النتيجة توصلت إليها بعد كثير من البحث لا سيما في مركز الوثائق بمعهد الإدارة العامة، وراجع أيضاً، د. عبد الله حمد الوهيبي، القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، ط٣، ١٤٣٢ هـ ٢٠١١، ص ٥٣.

(٢) راجع، منشورات وزارة المالية والاقتصاد الوطني، مطبعة الحكومة، مكة المكرمة، ط٥، ١٣٨١ هـ.

(٣) راجع جريدة أم القرى بتاريخ ١٣٨٦/٣/٨ هـ الموافق ١٦٦/٦/٢٧، السنة ٤٣، ملحق العدد٢١٢٦.

(٤) راجع جريدة أم القرى بتاريخ ١٣٩٦/٨/٣هـ الموافق ١٩٧٦/٧/٣٠، السنة ٥٤، العدد ٢٦٣٦.

(٥) راجع جريدة أم القرى بتاريخ ١٣٩٧/٥/٤هـ الموافق ١٩٧٧/٤/٢٢. السنة ٥٤، العدد ٢٦٧٢.

بالمرسوم الملكي رقم م/٥٨ وتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ[٦] ولائحته التنفيذية الصادرة بالقرار الوزاري رقم ٣٦٢ وتاريخ ١٤٢٨/٢/٢٠هـ[٧].

وتجــدر الإشــارة إلى أن تنظيم العقــود في المملكة لا يقتصر على هــذه الأنظمة، وإنما يوجد بجوار ذلك، نظام اســتئجار الدولة للعقار وإخلائه، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٦١ وتاريــخ ١٤٢٧/٩/١٨هـ[٨]، ولائحته التنفيذية الصادرة بقــرار وزير المالية رقم ١١٢٩وتاريخ ١٤٢٩/٤/١٧هـــ[٩] وكذلك نظام التصرف في العقارات البلدية الصادر بالمرســوم الملكي م/٦٤ وتاريخ ١٣٩٢/١/١٥هـ[١٠]، ولائحة التصرف في العقارات البلدية الصادرة بالأمر السامي رقم ٣/ب/٣٨٣١٣وتاريــخ ١٤٢٣/٩/٢٤هـ[١١] هــذا بالإضافة إلى نظــام تصنيف المقاولين الصادر بالمرســوم الملكي رقم م/١٨ وتاريخ ١٤٢٧/٣/٢٠هـ[١٢] ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير الشؤون البلدية والقروية رقم ٨٧٩٤ وتاريخ ١٤٢٧/٩/٨هـ والتي ألغيت لتحل محلها لائحة جديدة بقرار وزير الشؤون البلدية والقروية رقم ٢٢١٤٨ وتاريخ ١٠/١٠/ ١٤٣١هـ

وهــذا وتوجد بعض اللوائح الخاصة ببعض الجهــات لتنظيم العملية التعاقدية كلائحة العقود والمشتريات وتوريد وتنفيذ الأعمال بالهيئة الملكية للجبيل وينبع.

هذا بالإضافة إلى العديد من القرارات التي صدرت في هذا الشــأن والتي ســيأتي بيأنها فيما بعد.

وتبيانــاً وبإيجاز لمضامين هذه النشــأة التاريخية للتعرف عليها، والاســتفادة منها فإننا ســنقتصر على الأنظمة التي أصبحت من تاريخ العقــود وماضيها، أما حاضرها المعمول به حالياً فإننا ســنتناوله بالتفصيل في ثنايا موضوعات الكتاب، وعلى ذلك يمكن أن يكون عرض هذا التطور التاريخي كما يلي:

(٦) راجع جريدة أم القرى بتاريخ ١٩ /١١/ ١٤٢٧هـ الموافق ٢٠٠٦/١١/١٠، السنة ٨٣، العدد ٤١٢٢.

(٧) راجع جريدة أم القرى بتاريخ ١٤٢٨/٥/١٥ هـ الموافق ٢٠٠٧/٦/١، السنة ٨٤، العدد ٤١٥١.

(٨) راجع جريدة أم القرى بتاريخ ١٤٢٧/١٠/١٩ هـ الموافق ٢٠٠٦/١١/٦، السنة، ٨٤، العدد،٤١٢٢.

(٩) راجع جريدة أم القرى بتاريخ ٢٧ /١٤٢٩/٣، الموافق ٢٠٠٨/٤/٤، السنة ٨٦ العدد، ٤١٩٥.

(١٠) راجع جريدة أم القرى بتاريخ ١٣٩٢/١٢/١هـ الموافق ١٩٧٣/١/٥، السنة ٥٠، العدد ٢٤٥٤.

(١١) راجع جريدة أم القرى بتاريخ ١٤٢٤/١/٤هـ، الموافق ٢٠٠٣/٣/٧، السنة ٧٩، العدد ٩٣١ـ٣.

(١٢) راجع جريدة أم القرى بتاريخ ١٤٢٧/٤/٢١هـ الموافق ٢٠٠٦/٥/١٩، السنة ٨٢، العدد ٤٠٩٧.

أولاً: نظاما المزايدات والمناقصات العلنية:

١- نظام المزايدات العلنية:

صدر نظام المزايدات العلنية كما مرت الإشارة بالأمر السامي رقم ٥٥١٠ وتاريخ ١٣٦١/٤/١٧ هـ وقد تضمن هذا النظام (٣٤) مادة تناولت المادة الأولى منه وجوب اتباع المزايدة العلنية للمصالح التي تعرض للالتزام باعتباره طريقة التعاقد في هذا الشأن، والمادة الثانية أوجبت أن تكون المصالح التي تعرض للالتزام من قبل الدوائر الرسمية عن طريق الأمانة في العاصمة، والبلديات في الملحقات، أو بواسطة لجنة مكونة من عضوين من كبار موظفي الدائرة صاحبة المصلحة وعضو من البلديات في الملحقات، والمادة الثالثة حددت الجهة التي تقوم بتنظيم ورقة المزايدة، فنصت على أن تقوم الهيئة الإدارية في البلديات بتنظيم ورقة المزايدة في المصالح الخاصة بها وفقاً للنظام، وتحولها إلى المجلس البلدي لدراستها وإعطاء القرار اللازم بشأنها، ثم تعرض المصلحة للراغبين بواسطة هيئة الأمانة في العاصمة وهيئة البلديات في الملحقات، ثم حددت المادة الرابعة طرق الإعلان عن المزايدة وذلك عن طريق الصحف المحلية، والجهة التي ليست فيها صحف يجب أن يعلن عن المزايدة بواسطة نشرات تلصق على جدار المصلحة التي يجري عليها المزاد وفي المجامع والأسواق العامة، والإعلان بواسطة مناد خاص لذلك خلال مدة شهر واحد. وفي المادة الخامسة حدد النظام الأشخاص الممنوع التعامل معهم في المزايدات، وفي المادة السادسة بين المعلومات والشروط التي يجب أن توضع في ورقة المزايد (تسمى حالياً بكراسة الشروط)، ثم في المواد (٧، ٨، ٩، ١٠) نص النظام على التزامات وحقوق الملتزم وهو الشخص الذي ترسو عليه المزايدة وما يتعلق بأحكام كفالة الملتزم، ثم في المواد التي تلت ذلك نص على مسؤوليات الدائرة صاحبة المصلحة والإجراءات التي تسبق الإحالة القطعية، أي البت بقرار الترسية على الملتزم، والذي لا يكون إلا بعد اتخاذ القرار من قبل الهيئات المختصة في الدائرة صاحبة المصلحة ومن قبل المجالس الإدارية والبلدية في المصالح العائدة لها، وبعد اقتران هذه القرارات بالتصديق من المرجع المختص، وكذلك الالتزامات التي تقع على عاتق الملتزم بعد الإحالة القطعية، ثم في المادة (١٩) وما بعدها حدد النظام فيه التزامات الملتزم أثناء التنفيذ، أما في المادة (٢٧) فقد حددت أن الأصل أن يكون الالتزام لمدة سنة واحدة عدا

التزام مصلحة جلود الفدو لأمانة العاصمة فإنها مقيدة بالمدة الصادر بها الأوامر، والمصالح التي تحدث أثناء السـنة فتكون لبقية السـنة، وكانت المادة (٢٨) وما بعدها بمثابة أحكام ختامية للنظام .

٢- نظام المناقصات:

صدر نظام المناقصات بالأمر السامي رقم ٨٤٢٧ وتاريخ ١٣٦١/٧/٣ هـ واحتوى على (٤١) مـادة، تضمنت المادة الأولى إلى الرابعة تعريفات، حيث بينت المادة الأولى مسـمى النظام فنصت على أن يسمى هذا النظام نظام المناقصات وعرفت المادة الثانية المناقصة بأنها إعلان البلديات والدوائر الرسـمية الأخرى عن رغبتها في إجراء تعهد أو التزام لتأمين حاجتها بأقل قيمـة، أما المادة الثالثة فحددت المقصود بالمرجع المختـص فنصت على أن المرجع المختص يعنـي مقام النيابة في العاصمة، والحكام الإداريين في الملحقات، أما المادة الرابعة فقد بينت أن المناقصات نوعان الأشـياء التي يتم طلب قضائها حالاً وتسمى تعهداً، والنوع الثاني الذي يسـتغرق زمناً طويلاً ويسـمى التزاماً. ثم جاءت المادة الخامسة لتحدد أن المجلس الإداري بـكل من الأمانة والبلديات هو المعني بتحديد شروط المناقصـة وفقاً لنظام أمانة العاصمة مع اعتبار ما حدده ذلك النظام. والمادة السادسـة أشـارت إلى الممنوعين من التعامل، وهم عموم موظفي الدولة، والمسـجونون أثناء المناقصة، ومن لم يكن بالغاً رشده ومن كان مديناً لصندوق البلديات وغيرها من الصناديق الرسمية، وحددت المادة السابعة أنه في حالة رغبة الدوائر الرسـمية إجراء مناقصة عن طريق البلديات أن تضع الشروط ثم ترسـلها الأمانة أو البلدية لتقوم بعرضها على الجمهور وفق الشروط التي أرسلتها تلك الدوائر، واستكمالاً لذلك فإنه وفقاً للمادة الثامنة إذا كانت المناقصة عائدة لتعميرات (إنشـاءات) أن تبين في الشروط نوع المؤن وكميتها وأجرة العمل إن كانت المناقصة يشملها أجرة العمل.

وحددت المواد (٩،١٠، ١٤،١٦،١٧،١٨، ١٩ ٢٠، ٢١،٢٣، ٢٧) التزامات المتعاقد.

ونصت المادة ١٢ على إجراءات الإحالة القطعية (يقصد القرار الصادر بالترسية) وتحديد الجهـة المعنية بذلك، أمـا التزامات الجهة فحددتها المـواد (١٣، ١٥،٢٢، ٢٥،٢٤، ٣٨) وهي تتعلـق بالعمليـات الإجرائية نحـو الملتزم أو المتعهـد أو الكفيل، وكذلـك التأمين المتعلق بالعملية التعاقدية وأيضاً تطبيق النظام نحو من يقوم بمخالفته وفقاً لشروط التعاقد.

أمــا المادة (٢٩) فإنها نصت على أنه إذا كانت المناقصات في المباني والإنشــاءات وغيرها كالتنظيفــات والتنويرات وما ماثلهــا إذا كانت ضمن الميزانية المصدقــة، فإنه يكتفى فيها بموافقة الدائرة ذات العلاقة وعلى الدائرة اســتحصال الأمر السامي فيما هو خارج الميزانية، وفي هذا الإطار فإن الطلبات التي تســتحصل من الخارج أياً كانت الطريقة، فإن هذا يكون بواسطة وزارة المالية في ضوء الشروط التي تضعها الدائرة صاحبة الطلب.

وفيما يتعلق بطريقة الإعلان والشروط التي يجب أن تتضمنها المناقصة لا ســيما تحديد مــدة العقد فقد تكفلت بها المواد (٣١ :٣٧) ومن أهــم تلك الإجراءات والشروط أن تعلن البلدية –بأية وسيلة تراها كالصحف في البلدان التي توجد فيها صحف، وكالنشرات المحلية وســواها -عن اليوم والساعة التي تحددها فيه لإجراء المناقصة، كما يجب أن يحتوي إعلان المناقصة على شروطها المفصلة بأوضح بيان ولا تترك للمفاوضات الشفوية مطلقاً.

وأخــيراً نصت المادة (٣٩) على ســلطة الإدارة التقديرية في طريقة الشراء للمشــتريات المتنوعة العادية وعمل الترميمات البسيطة بما تراه محققاً للأمانة على أصولها، ولها استطلاع رأي البلدية لتقف على اعتدال قيم المشتريات من عدمه.

ثانياً: نظام الممثلين الماليين:

صدر نظام الممثلين الماليين بالمرســوم الملكي رقم ٨٥ وتاريــخ ١٣٨٠/٩/٢٠ هـ ورغم أنه خاص بالأحكام المتعلقة بالممثلين الماليين من حيث أوضاعهم ومهامهم إلا أنه خصص المواد (١٦: ١٨) لأحــكام المناقصات اســتثناءً على نظام المناقصات المشــار إليه، فقد نصت المادة (١٦) منه على أنه « اســتثناءً من نظام المناقصات العامة يجوز للوزارات والدوائر المستقلة في الأحوال الخاصة التي لا يتيسر معها عمل مناقصة عامة تأمين مشترياتها وأعمالها بإحدى الطريقتين الآتيتين وفي حدود الصلاحيات الموضحة في هذا النظام:

الأولى: بطريقة المناقصة المحلية وهي التي تتم بإرســال خطابات مسجلة إلى أكبر عدد - شريطة ألا يقل عن خمســة - من المقاولين والتجار المحليين والمقيدين في السجل التجاري والذيــن يتعاملون في الأصناف أو الأعمال المطلــوب تأمينها، لكي يقدموا عطاءاتهم بالظرف المختوم لتأمين الاحتياجات المطلوبة، وذلك طبقاً للنظم والتعليمات الصادرة في هذا الشأن.

الثانية: بطريق الممارسة العلنية وهي التي تجري بإرسال خطابات مسجلة إلى أكبر عدد - شريطة ألا يقل عن خمسة - من المقاولين والتجار المحليين والمقيدين في السجل التجاري والذين يتعاملون في الأصناف أو الأعمال المطلوب تأمينها، لاستدعائهم للدخول في ممارسة علنية لتأمين الاحتياجات المطلوبة، وذلك طبقاً للنظم والتعليمات الصادرة في هذا الشأن.

أما المادة (١٧) فقد نصت على أنه «في الأحوال الجزئية يجوز للوزارات والإدارات الحكومية تأمين احتياجاتها بطريق الشراء المباشر في حدود الصلاحيات الموضحة في هذا النظام وذلك بإصدار أمر مباشر إلى تاجر متخصص أو مقاول لتأمين الاحتياجات المطلوبة».

أما المادة (١٨) فقد نصت على أن «سلطة البت في العطاءات تكون كما يلي:

أ- يكون البت في المناقصة العامة من صلاحية الوزير أو رئيس الدائرة المستقلة مهما كانت قيمتها، وله أن ينيب عنه وكيله أو المدير العام للبت في المناقصات التي لا تزيد قيمتها عن خمسين ألف ريال، وفي قبول العطاء الوحيد لغاية عشرين ألف ريال.

ب- يكون الترخيص بإجراء المناقصات المحلية والبت في عطاءاتها من صلاحية الوزير أو رئيس الدائرة المستقلة فيما لا تزيد قيمته عن خمسين ألف ريال، وكذلك في قبول العطاء الوحيد لغاية هذا الحد، وما زاد عن ذلك يرفع عنه لمجلس الوزراء للنظر في اعتماده. على أنه يجوز للوزير أو رئيس الدائرة المستقلة أن ينيب عنه وكيله أو المدير العام للبت في المناقصة المحلية التي لا تزيد قيمتها عن عشرين ألف ريال، وفي قبول العطاء الوحيد لغاية عشرة آلاف ريال.

جـ- يكون الترخيص بإجراء الممارسة العلنية والبت في نتيجتها من صلاحية الوزير أو رئيس الدائرة المستقلة فيما لا تزيد قيمته عن عشرين ألف ريال. وما زاد عن ذلك يرفع عنه لمجلس الوزراء للنظر في اعتماده، وللوزير أو رئيس الدائرة المستقلة أن ينيب عنه وكيله أو المدير العام في اعتماد الشراء بالممارسة لغاية عشرة آلاف ريال.

د- يكون الترخيص بالشراء المباشر من صلاحية الوزير أو رئيس الدائرة المستقلة لغاية خمسة آلاف ريال. ويجوز أن ينيب عنه الوكيل أو المدير العام للتصريح بالشراء المباشر فيما لا تزيد قيمته عن ألف ريال، ورئيس الفرع فيما لا تزيد قيمته عن خمسمائة ريال.

هـ- يكون شراء المعدات والأجهزة الفنية من الوكيل الوحيد أو الشركة المنتجة من صلاحية الوزير أو رئيس الدائرة المستقلة، على أن يسبق ذلك موافقة من مجلس الوزراء، وعلى أن يرفق بمستندات الصرف تقرير فني من المختصين بالوزارة أو الدائرة، ومعتمد من الوزير أو رئيس الدائرة المستقلة يثبت أن الصنف المطلوب هو أصلح الأصناف حسبما أسفرت عنه التجارب الفعلية وأنسبها سعراً. وبشرط التحقق من أن المتعهد هو الوكيل الوحيد المحتكر استيراد هذا الصنف، وبشرط ألا يزيد ربحه عن النسبة المقررة، وعلى أن يقدم فواتير مصدقة من الغرفة التجارية في البلد المنتجة وأن تعتمد الفواتير هذه من إحدى الممثليات السعودية».

ثالثاً: نظام المناقصات والمزايدات:

صدر نظام المناقصات والمزايدات بالمرسوم الملكي رقم (م/٦) في ١٣٨٦/٢/٢٤هـ في مائة وسبعة وتسعين مادة تحت اثنين وتسعين موضوعاً، وهذا النظام لم تكن له لائحة تنفيذية فقد كان النظام مفصلاً بشكل كبير بما يفي بكثير من متطلبات اللائحة.

وعند مطالعة هذا النظام تظهر سنة التطور والارتقاء القانوني المتزامنة مع تطور الإدارة العامة في هياكلها وأنشطتها وحتى في مفرداته القانونية التي استخدمها، ولهذا فهذا النظام بشموليته التي جسدتها مواده بتفاصيلها الكثيرة ليعد نقلة كبيرة في مجال تنظيم العقود الإدارية في المملكة، حتى أن كثيراً من مواد هذا النظام بقي صداها تطبيقاً[١٣] أو صياغة سواءً في النظام التالي له، وهو نظام تأمين مشتريات الحكومة، أو في النظام الحالي (نظام المنافسات والمشتريات الحكومية) وهو ما يتضح عند تبيان هذا النظام.

وقد بدأ الأخير مادته الأولى بتبيان الطرق التي يتم بها تنفيذ الأعمال وتأمين المشتريات والتي حددها في ثلاث طرق، الأولى: هي المناقصة والتي قسمها إلى مناقصة عامة وأخرى محدودة وعرفتهما المادة السادسة من النظام بأن المناقصة العامة هي تلك التي يفتح فيها مجال الاشتراك لعدد غير محدود من المتناقصين ويجب أن يعلن عنها في الجريدة الرسمية. أما المناقصة المحدودة فهي المناقصة التي يقصر فيها الاشتراك على عدد من المتنافسين بقرار

---

(١٣) راجع د. عبد الله حمد الوهيبي، مرجع سابق، ص ٥٥.

من الوزير أو رئيس الدائرة المستقلة ويعلن عنها بتوجيه خطابات مسجلة لهم، والطريقة الثانية: الممارسة وهي مناقصة علنية محدودة تفاوض فيها اللجنة المتنافسين للحصول على أفضل العروض، وقد فصلت المادة (١٢٤) وما بعدها إجراءات وأحكام الممارسة، وأخيراً التأمين المباشر: وهو قيام الجهة بالشراء مباشرة دون اتخاذ أي من الطريقتين السابقتين، ويكون ذلك في حالات محددة تكفلت ببيانها المادة (١٢٨)، أما في مادته الثانية فقد حظر الوساطة في التعاقد في الأصناف التي يقتصر بيعها على الحكومة عادة كعربات السكك الحديدية ما لم يكن ذلك محققاً للمصلحة العامة، وبعد حصول استثناء من رئيس مجلس الوزراء، ومنعاً للتلاعب في استنفاذ الميزانيات حظرت المادة الثالثة البدء في إجراءات الشراء خلال الشهرين الأخيرين من السنة المالية ما لم تكن هناك ضرورة موثقة، أما المادة الرابعة فقد نصت على تحديد الأشخاص الممنوعين من التعامل معهم، وتكفلت المادة السابعة بتعيين صاحب الصلاحية في تشكيل لجان المناقصات، وجاءت المادة الثامنة لتحديد ما يطرح في المناقصات، وقد حثت المادة التاسعة الوزارات على تفضيل المصنوعات والمنتجات الوطنية .

ولذلك أجازت المادة العاشرة اتباع طريقة التجزئة في الشراء تيسيراً على المصانع المحلية، ولدقة عملية الشراء توجب المادة (١١، ١٢) وجوب وضع مواصفات تفصيلية ووافية من لجنة مختصة قبل طرح المناقصة، أما المواد (١٤: ١٩) فقد تناولت الإعلان عن المناقصات العامة وما يجب أن يتضمنه الإعلان من معلومات، وما يجب أن تتضمنه كراسة الشروط وأعدادها وقيمتها وغير ذلك مما يتعلق بهذا الشأن.

أما المادة (٢٠، ٢١) فقد بينتا مدة سريان العطاء والمدة المددة للبت فيه، وعن جواز إلغاء المناقصة فقد حددت المادة (٢٢) الحالات التي يجوز فيها القيام بهذا القرار.

هذا وقد بينت المادة (٢٣ :٣٧) أحكام تقديم العطاءات من الناحية الشكلية والناحية الموضوعية والالتزامات والحقوق التي تصاحب هذه العملية لمقدمي العطاءات والجهات الحكومية (مع ملاحظة أن المادة ٢٧ قد تناولت حق الجهة الإدارية في زيادة أو نقصان حجم المناقصة بنسبة لا تزيد عن ٣٠٪ من قيمة العقد) واستكمالاً لتلك الأحكام كانت المواد (٤٦ :٧٢) والتي تناولت بالتفصيل لجنة فتح المظاريف ولجنة البت في المناقصة من حيث التشكيل والإجراءات المتبعة والاختصاصات الموكولة لكل منهما.

أمـا المواد (٤٠ :٤٥) فقـد تناولت التأمين النهـائي وأحكامه. وجاءت المـواد (٧٣ :٧٨) متضمنـة إجراءات التعاقد والأحكام المترتبة عليه، أما المواد (٧٩: ١٢٣) فقد بينت التزامات المتعاقد وسـلطات الجهة الحكومية أثناء تنفيذ العقد والأحـكام المتعلقة بعدم التنفيذ في المواعيد المحددة والأحكام المتعلقة بتسليم الأعمال، والآثار المترتبة على انتهاء العقد.

أما المواد (١٢٤: ١٢٧) فكانت عن الممارسة بتحديد حالاتها وإجراءاتها وصلاحية البت فيها. أما الشراء المباشر فتناولته المادة (١٢٨) مبينة الحالات التي يجوز فيها إجراء التأمين المباشر.

أما بخصوص المزايدة فقد تناولتها المواد (١٥٩: ١٨٨) تبياناً لأنواعها وإجراءاتها وأحكامها.

وجاءت المـادة (١٨٩) لتحدد دور الممثلين الماليين في تطبيق النظام سـواءً تعلق الأمر بحضورهـم اللجـان أم بالتحقق من سـلامة الإجراءات ومطابقة مسـتندات الصرف على العقود.

ونصت المادة (١٩٣) على جواز تجديد بعض العقود وفقاً لشروط معينة، ونظراً لأهمية بعض المناقصات والممارسـات فقد نصت المادة (١٩٤) على تشـكيل لجنة لتصفية المقاولين والموردين لتحديد فئات دون غيرها للدخول في مناقصات أو ممارسات معينة على ألا تكون قرارات هذه اللجنة نافذة إلا بعد إقرارها من مجلس الوزراء.

وأخـيراً في هذا النظام وحرصاً على تنظيم مشـتريات الحكومة والعمل على إيجاد آلية مركزيـة لتحقيق ذلـك فقد نصت المادة (١٩٦) على أن تنشـأ مصلحة مركزية لمشـتريات الحكومـة ولمجلس الوزراء أن يحدد صلاحياتهـا والوزارة التي تتبعها وأن يعهد إليها بتأمين كل أو بعض حاجيات الوزارات والدوائر المستقلة والمصالح الحكومية.

رابعاً: نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها:

صدر نظام تأمين مشـتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها، بالمرسـوم الملكي رقم م/١٤ وتاريـخ ١٣٩٧/٤/٧هــ ولائحته التنفيذية بالقـرار الوزاري رقـم ٩٧/٢١٣١ بتاريخ ١٣٩٧/٥/٥هـ.

وعلى عكس النظام الســابق الذي استوعب معظم إجراءات وأحكام العقود التي تبرمها الجهات الحكومية، فقد جاء هذا النظام مقتضباً في أربع عشرة مادة((١٤)) وجاءت لائحته التنفيذيــة في أربعين مادة بينت تفاصيــل القواعد النظامية له، وقد نصت المادة الأولى من النظام على القواعد الأساســية في تأمين المشتريات وتنفيذ المشروعات والتي كفلت المساواة بــين المتعاملين مع الحكومة ممن تتوافر فيهم الــشروط وأن توفر لهم جميعاً - دون تمييز - المعلومــات المتعلقة بالعمل المطلوب في وقت واحد، وكذلك ألزمت هذه المادة أن يكون التعامل وفقاً للأنظمة والقواعد المتبعة، كما نصت على إيجاد أفضلية في التعامل للسعوديين وأفضليــة كذلك للمنتجات الوطنيــة وأخيراً أن يكون الشراء وتأمين الأعمال وفقاً للأســعار السائدة.

أما المــادة الثانية فقد بينت قواعد تقديم العروض بدءاً بطريقة الإعلان عن المنافســة والمعلومــات التي يتضمنها الإعلان مــروراً بتقديم الضمان الابتــدائي والذي يتراوح بين ١٪ و٢٪ من قيمة العقد حسب ما تحدده كراسة الشروط، انتهاءً بلجنة فتح المظاريف مهامها وتكوينهــا، وأخيراً عدم جواز تعديل أســعار عروض المتنافســين بالزيــادة أو النقصان بعد تقديمها.

والمادة الثالثة حددت بشــكل تفصيلي طريقة تأمين المشتريات وتنفيذ الأعمال كل على حــده في اثنتي عشرة فقــرة وختمتها بقاعدة عامة أن كل ما لم يرد ذكره في هذه المادة مما

(١٤) يرى البعض أن ذلك الاقتضاب كان له ما يبرره حيث إن الفترة التي صدر فيها هذا النظام، أو بالأحرى التي وضع من أجلها كانت تمثل مرحلة جديدة وفعالة في إبرام العقود الإدارية في المملكة، حيث ارتفعت إيرادات المملكة وزادت الاعتمادات الخاصة بالمشاريع الحكومية مما تطلب إيجاد نظام للعقود الإدارية يتصف بالمرونة والسهولة والاختصار، ويكمل ذلك الشروط التي تتضمنها العقود الإدارية عادة، وهذا ما حدث فعلاً حيث تمكنت المملكة من تنفيذ وتأسيس العديد من المشاريع التنموية للبنية التحتية في شتى المجالات، وذلك خلال فترات قياسية كان لمرونة هذا النظام ولائحته دور كبير في تحقيقها. راجع د. عبد الله الوهيبي، مرجع سابق، ص ٥٧،٥٦ .وإنه وإن كان هذا قد يكون هو الهدف كما أشار سعادته، إلا أن المرونة لا تتأتى من خلال هذا الاقتضاب، وذلك لأن العقود تحتاج إلى قواعد تنظمها فهي تتعلق باعتبارات الصالح العام والتي لا يحبذ تركها للاجتهادات، فالمرونة لا تمنع وجود قواعد نظامية، وآية ما أقول إن النظام قد احتاج لتنفيذه إلى العديد من القرارات والتعميمات وهو ما قرره المؤلف – وهو صحيح - في الصفحة (٥٧) حينما أشار إلى أنه قد حدثت للنظام بعض التعديلات، كما أضيف إلى لائحته التنفيذية قواعد جديدة على شكل قرارات وتعاميم لوزارة المالية حتى أصبح النظام ولائحته التنفيذية وما صدر بشأنهما يقاربان المواد التي اشتمل عليها نظام المناقصات والمزايدات .

تحتاجـه الجهـة الإدارية يتم تأمينه عن طريق دعوة ثلاثة متنافسـين عـلى الأقل لتقديم عروضهم لاختيار أفضل عطاء.

وحثت المادة الرابعة الجهات الإدارية أن تفسح المجال في تعاملها لأكبر عدد ممكن من المؤهلين العاملين في النشاط الذي يجري التعامل فيه بحيث لا يقتصر تعاملها مع أشخاص أو مؤسسات معينة.

وعن قواعد البت في العروض جاءت المادة الخامسة لتحدد تشكيل لجنة فحص العروض ومهام عملها وسلطاتها في عملية التفاوض وكذا إلغاء المنافسة.

أمـا عن صلاحية البت في المنافسـة فتكـون للوزير أو رئيس الدائرة المسـتقلة في حالة الـشراء وتنفيذ الأعمال التي تزيد قيمتها على ثلاثة ملايـين ريال وفيما قل عن ذلك لوكيل الـوزارة أو من يقـوم مقامه، ويجوز التفويض للمسـؤولين فيما دون ذلـك على أن يكون التفويض مُتدرِجاً حسب مسؤولية الشخص المفوض.

وحدد النظام في المادة السابعة قيمة الضمان النهائي وحالات الإعفاء منه والشكل المحدد لذلـك، أما المادة الثامنة فنصت عـلى صرف المقابل المالي والذي يتضمن الدفعة المقدمة في حدود ٢٠٪ مقابل خطاب ضمان مساوٍ لهذه القيمة وتحسم هذه الدفعة على أقساط طبقاً للمستخلصات، ويتضمن المقابل المالي لتنفيذ الأعمال وكيفية صرفه.

والمادة التاسـعة تناولت غرامة التأخير وحالات تمديـد العقد. والمادة العاشرة تضمنت تكليفـاً لمجلس الوزراء بناءً على اقتراح وزير الماليـة بوضع نماذج للعقود، وألزمت الجهات المتعاقـدة بتضمين عقودها ما يكفل الحفاظ على حقـوق الجهة المتعاقدة والمتعاقد لحين صدور هذه النماذج.

أمـا المـادة الحادية عشرة فخصصت للمزايدة فنصت على أنـه "يجوز بيع ما يزيد من المنقولات عن حاجة الجهة الإدارية ولا تحتاجه غيرها من الجهات بعد تقدير قيمتها بمعرفة لجنة من ثلاثة من الموظفين على الأقل تسترشـد في ذلك بأسـعار السـوق على ألا يقل ثمن البيـع عن تقدير اللجنة المذكورة، فـإذا زادت قيمة هذه المنقولات على مائة ألف ريال فلا يتم البيع إلا بمزاد علني وفقاً للإجراءات التي تنص عليها اللائحة التنفيذية لهذا النظام. ولا

يجــوز لموظفي الحكومة شراء أصناف مما تبيعه الحكومــة إلا إذا كان البيع بمزايدة علنية وكانت الأصناف المشتراة لاستعمال المشتري خاصة."

هذا وقد أســند النظام الاســتثناء لأي من أحكامه إلى لجنة مكونة من أربعة وزراء من بينهم وزير المالية والاقتصاد الوطني والوزير المختص - يســمون بقرار من مجلس الوزراء - تعرض الجهــة الإدارية الأمر عليها، وترفع هذه اللجنة توصيتها لرئيس مجلس الوزراء أو نائبه ليصدر القرار المناسب.

وأخــيراً نص النظام في المــادة الثالثة عشرة الأخيرة على تكليــف وزارة المالية والاقتصاد الوطنــي بإصدار لائحة تنفيذية تبين الأحكام التفصيلية لهذا النظام والتي قد صدرت بقرار وزيــر المالية والاقتصاد الوطنــي رقم ٩٧/٢١٣١ في ١٣٩٧/٥/٥ هـ وجــاءت في أربعين مادة بينت تفاصيل القواعد النظامية التي سبقت الإشارة إليها.

تلك كانت المحطــات النظامية للعقود الإدارية والتي ســيقت بهدف التعرف والاطلاع عليهــا باعتبارها تاريخــاً قانونياً للنظام، جديراً بالعرض، لا يمكــن الالتفاف عنه أو التغاضي عن تواجده، وكذلك للاستفادة منه في ثنايا موضوعات الكتاب كلما دعت الحاجة إلى ذلك.

الباب الأول
ماهية العقد الإداري وأنواعه

بإذن الله تعالى نتناول ماهية العقد الإداري وأنواعه من خلال فصلين اثنين، الأول منهما عن ماهية العقد الإداري، والثاني عن أهم أنواع العقود الإدارية، وذلك كما يلي:

الفصل الأول
ماهية العقد الإداري

تعد فكرة العقود الإدارية وفق الاصطلاح القانوني فكرة حديثة نسبياً، فلم تنشأ نظرية العقود الإدارية في فرنسا إلا مع مطلع القرن العشرين(١٥)، وقد ارتبطت ماهية العقد الإداري بالنظريات التي يقوم عليها تحديد نطاق القانون الإداري نفسه باعتباره واحداً من موضوعاته ينطبق عليه ما ينطبق عليه من النظريات التي قيلت في تحديد نطاق القانون الإداري؛ لذلك فإن تمييز العقد الإداري قد ارتبط بهذه النظريات، الأمر الذي ولد عقوداً استمدت صفتها الإدارية من تحديد القانون نظراً لأن تطبيق تلك النظريات قد أخرجها في وقت ما من سلطان القضاء الإداري(١٦)، ونظراً لأن هذا الأخير كان قاصراً على عقود بعينها، ولم تكن هناك نصوص قانونية تحدد طبيعة العقود الإدارية فقد سعى الفقه والقضاء لوضع المعايير التي على أساسها تصنف عقود الإدارة إلى عقود إدارية وأخرى مدنية، وعلى ذلك نتناول ماهية العقد الإداري من خلال ثلاثة مباحث، الأول عن التحديد القانوني للعقود الإدارية، والثاني عن التحديد الفقهي والقضائي للعقود الإدارية، أما المبحث الثالث فهو خاص بتحديد ماهية العقد الإداري في المملكة في ضوء المبحث الأول والثاني وذلك كما يلي:

---

(١٥) راجع د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ١٤٢٦ هـ ٢٠٠٥، ص ٣٧.

(١٦) راجع د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ١٦ حيث يقول تحت عنوان التمييز بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة العادية وظهور فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون: «حيث قام هذا المعيار على أساس أن أعمال الإدارة تتوزع بين نوعين من الأعمال: التصرفات التي تستخدم فيها جهة الإدارة سلطاتها وبمقتضاها تستطيع أن تأمر وتنهى، والثانية هي التصرفات العادية التي تنزل فيها الإدارة منزلة الأفراد وتتعامل معهم بذات الأسلوب الذي يتعاملون به فيما بينهم، وترتب على الأخذ بهذا المعيار أن العقود الإدارية جميعها تعتبر من أعمال الإدارة العادية ذلك أن هذه العقود لا تتضمن مظاهر السلطة في شيء.. وهو ما أدى بالمشرع الفرنسي للتدخل وإصباغ الصفة الإدارية لبعض العقود التي تبرمها جهة الإدارة ومن أمثلة ذلك...» وقد أورد المؤلف أمثلة كما ستأتي الإشارة إلى ذلك.

المبحث الأول:

التحديد القانوني للعقود الإدارية:

أولاً: في فرنسا:

كما تمت الإشارة إلى أنه وفقاً لارتباط العقود الإدارية بالنظريات التي قيلت في تحديد نطـاق القانون الإداري،أو نتيجة لظروف معينة قد رآهـا القانون، أو لتوحيد نظر بعض المنازعات أمام القضاء الإداري(١٧)، أو غيره من الأسـباب المبررة لذلك، فقد اسـتلزم الأمر وجـود عقود إدارية بتحديـد القانون، ومن أمثلة العقود الإداريـة بتحديد القانون كما أوردهـا الفقه الفرنسي والفقه العـربي نقلاً عنه، عقد القرض العام ويسـتثنى من ذلك العقـود التي تبرمها المحليات فإن تكييفها يخضع للقضاء(قانون ١٧ يوليه ١٧٩٠، وقانون ٢٦ سـبتمبر ١٧٩٣)(١٨) وعقد الأشـغال العامة(قانون ٢٨ بليفواز السنة الثامنة) حتى لو كان يستند العقد على قواعد القانون الخاص، وأيضاً عقود أشغال الدومين العام حتى لو كانت مبرمة استقلالاً من الملتزمين (قانون ١٧ يونيه ١٩٣٨ - تقنين دومين الدولة المادة ٨٤ قانون)، وكذلك عقود بيع عقارات الدولة (قانون ٢٨ بليفواز السنة الثامنة) أو الاتفاقات بـين بعض منظمات التأمين الاجتماعي ونقابات الأطباء(قانون ٢٠ يوليه ١٩٧٥) ولتوحيد منازعات المشـتريات العامة فإن قانون مورسـيف رقم ١١٦٨/٢٠٠١ بتاريخ ١١ ديسمبر ٢٠٠١ قانـون الإجراءات الضرورية للإصلاح الاقتصادي والمالي(١٩) نص في المادة الثانية منه على أن المشـتريات التي تبرم تطبيقاً لقانون المشـتريات العامة تكون عقـوداً إدارية(٢٠)

(١٧) V. Marie- Christine Rouault, Droit administratif, Gualino éditur,EJA,Paris,2005,P.313 et V. CE, avis,6 déc. 2002,Syndical intercnal des établissements du second cycle du second degré du district de i ‘Hay-les-Roses et Sté CD12000: RFD adm. 2003, 291, concl. Le Chatelier

(١٨) .V. André de Laubadere, traite de droit administratif, L.G.D.J 1976:T.1.P.247
وراجع د. جمال عباس عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المكتب العربي الحديث،٢٠٠٧، ص ٤٦.

(١٩) موريسف هو اختصار للكلمات الفرنسية mesures urgent de reformes a caractere economique et (financier (MURCF

(٢٠) ‹‹ Les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs.›› Note que cet article/2a été modifié par la loi n°2015-1268 du 14 octobre 2015 - art. 66

ليضـع بذلــك حداً لقضاء محكمة التنــازع التي كانت تنزع عنها صفــة العقود الإدارية ولو كانت قد أبرمت وفقاً لقانون المشــتريات العامة(٢١)، وتكون جميع منازعاتها للقاضي الإداري، وعلى الأخص عقود المشتريات العامة التي أبرمت وفقاً للقانون الخاص، أو التي أبرمت دون تحديد إجراءات شكلية مسبقة(٢٢).

وأيضــاً ما نصت عليه المــادة الأولى من القانون رقــم ٢٠٠٤/٥٥٩ بتاريخ ١٧/يونية ٢٠٠٤ (ألغيت هذه المادة)(٢٣) من أن عقود الشراكة التي تبرمها الدولة أو أحد مؤسساتها العامة مع طرف آخر لمدة محددة في مجالات معينة كالاستثمارات أو ترتيبات التمويل أو صيانة وتشغيل أو إدارة الهياكل والمعدات غير المادية الضرورية للخدمة العامة... تكون عقوداً إدارية(٢٤).

---

(٢١) V. Pierre Tifine, droit administratif français – Quatrième Partie – Chapitre 2 Les contrats administratifs,2014 Revue générale du droit est un site de la Chaire de droit public français de droit-/12/08/l'Université de la Sarre. Site net est:http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2013 administratif-francais quatrieme-partie-chapitre-2/ où dit'' Ce texte met fin à la jurisprudence du Tribunal des conflits selon laquelle le fait qu'un contrat était soumis, en raison de son montant, au Code des marchés publics, ne pouvait suffire à lui conférer le caractère de contrat administratif (TC, 5 juillet 1999, requête numéro 3142, Commune de Sauve c. Société Gestetner: AJDA 1999, p. 554, chron. Raynaud et Fombeur ; Dr. adm. 1999, 248, obs. Schwartz ; RDP 2000, p. 247, note Llorens ; RFDA 1999, p. 1163, concl. Schwartz).

(٢٢) V. Marie- Christine Rouault, op.cit. p. 313 où dit ‹‹certains contrats sont administratifs par détermination de la loi: marchés de travaux publics (L. 28 pluviôse an VIII), même s'ils se réfèrent aux règles du droit privé, contrats comportant occupation du domaine public (D.-L. 17 juin 1938 [C. domaine de l'État, art. L. 84]), même s'ils sont conclus par des sociétés privées concessionnaires de service public, disposant de ces dépendances, ventes d'immeubles de l'État (L. 28 pluviôse an VIII) ou conventions entre certains organismes de sécurité sociale et les syndicats de médecins (L. 20 juillet 1975). Afin d'unifier le contentieux des marchés publics, la loi MURCEF du 11 décembre 2001 a posé en principe que les marchés passés en application du Code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs L'ensemble du contentieux de ces marchés est ainsi transféré vers le juge administratif, notamment les marchés publics de droit privé et les marchés passés sans formalité préalable›› et v. Pierre-Laurent Frier, Précis de droit administratif, 3, éd. Montchrestien, 2004, .p.328. Et V. Georges Dupuis, Marie-José Guédon et patrice chrétien, droit administratif, 9éd.2004, p.413

(23) Abrogé par de Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 -art. 102.

(٢٤) V. l'article1 de Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats departenariat.et V.559 Pierre Tifine,op.cit.

وكذلــك ما نص عليه القانــون رقم ٢٠٠٩ بتاريــخ ١٥ يوليه ٢٠٠٩ بشــأن عقود التزام الأشغال العامة من أن العقود التي يبرمها الملتزم والتي موضوعها تنفيذ جميع أعمال البناء والهندسة المدنية تكون عقوداً إدارية.»[٢٥].

ويــرى الدكتور الطماوي أن مســلك التحديد القانوني للعقــود الإدارية كان مفيداً فيما مضى حينما كان القانون الإداري يقوم على فكرة الســلطة العامة، والتي كان يســتبعد على أساســها العقود الإدارية باعتبارها مجــرد تصرفات عادية لا تنطــوي بطبيعتها على عنصر الســلطة العامة، وعلى ذلك فإن طائفة العقود الإدارية بتحديد القانون قد فقدت فائدتها وأصبحــت محــل نظر، وذلك لأن هذه العقود حصراً تنتمــي إلى احدى طوائف ثلاث، فإما أن تكــون مــن العقود ذات الطبيعة الإدارية كعقد الأشــغال العامة وبالتالي فلا فائدة إذن مــن تصنيفها تحت فكرة العقود الإدارية المحــددة قانوناً، وإما أن يكون العقد ليس إدارياً بطبيعتــه في جميع الأحوال وفي هذه الحالة وإن كان يجب أن يخضع لمقتضى النص فيكون العقد إدارياً، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي لا يميل إلى التزام خطة القانون في جميع الحالات بل اتخذ تفسيراً مفاده أن المجلس لا يكون مختصاً بنظر العقود إلا إذا كان العقد بطبيعته إداريــاً، ومــن ثم تضيع الفائــدة من وراء تحديد العقــد قانوناً، وأخيراً فــلا يتبقى إلا تلك العقــود التي بطبيعتها من عقود القانون الخاص ومن أوضح الأمثلة عليها عقود بيع أملاك الدولــة الخاصة العقارية، والمجلس يضيق من اختصاصه بنظر تلك المنازعات إلى أقصى حد ممكن[٢٦].

ويشــير أيضاً الدكتور إبراهيم الفياض إلى أن القول بوجود عقود إدارية بتحديد القانون كان لحاجــة توزيــع الاختصاص القضائي بين القضاء العادي ومجلــس الدولة، أما وقد أصبح لمجلــس الدولة الولاية العامة لمعظم أوجه النشــاط الإداري، فإن تقرير وجود عقود إدارية

(٢٥) du 15 Juliet 2009 relative aux contrats deconcession de travaux 864-Ordonnance n° 2009 publics ‹› est contrats de concession de travaux publics sont des contrats administratifs don’tl›objetest de faire réaliser tous travaux de bâtimentou de génie civil par un concessionaire dont la remuneration consiste soit dans le droit d›exploiter l›ouvrage‹soit dans ce droit assorti ‹‹.d›un prix

(٢٦) راجع بتصرف د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٥٦.

بتحديــد القانون يتنافى مع تلــك الولاية العامة لمجلس الدولة ويصبــح في هذه الحالة هذا التحديد لا معنى له ولا أهمية ولا ينســجم مع الواقع، بالإضافة إلى أن مجلس الدولة أصبح ملزماً أن يبحث عن معيار للعقد الإداري وهو أمر يؤدي حتماً إلى إعادة النظر حتى في العقود المسماة قانوناً، لأن هذه العقود قد لا تتوافر لها الصفة الإدارية وفقاً للمعيار القضائي[٢٧].

وأعتقــد أن ذلــك وإن كان صحيحاً في بعض الحالات إلا أنه ســيبقى مفيداً في الحالات الأخــرى التي تكون فيها العقــود ووفقاً للتصنيف القضائي غير إداريــة، وأعتقد أن تضييق القضاء الفرنسي للحالات المحددة بالنص هو الذي يعد محل نظر لأن القاضي عليه أن يطبق إرادة القانــون ما دامت لا تصطدم مع القواعد القانونية الأعلى منها فالقاضي يلتزم بإعمال القانون لا أن يقوم بمخالفته وما دام هناك نص فليس للقاضي أن يعمل معايير تمييز العقد الإداري فهذه المعايير تكون عند انعدام النص لا حال وجوده.

ثانياً: في مصر:

أما فيما يتعلق بوجود عقود محددة بالنص في القانون المصري وبعيداً عن السجال الفقهي قبل نشأة مجلس الدولة عن مدى تمييز العقد الإداري من عدم تمييزه بأحكام خاصة تتفق مع الروابط العامة [٢٨]، فإن أول قانون لمجلس الدولة رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦[٢٩]) الذي أنشأ قضاءً إدارياً مســتقلاً يختــص بنظر المنازعات الإدارية، فقد حدد اختصاصــات القضاء الإداري على سبيل الحصر ولم يكن من بينها الاختصاص بنظر العقود الإدارية، مما جعل الاختصاص بنظر منازعــات العقود الإدارية للقضاء العادي، واســتمر الوضع على ذلك حتى صدر القانون رقم ٩ لســنة ١٩٤٩ [٣٠] والذي حل محل القانون رقم ١١٢ المذكور والذي نص في مادته الخامســة

(٢٧) راجع بتصرف د. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، ط١، مكتبة الفلاح، الكويت،١٩٨١، ص ٣٧،٣٨.

(٢٨) لتفاصيل هذا الموضوع راجع د. سليمان الطماوي، مرجع سابق ص ٤١ وما بعدها، ود. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص ١٨ وما بعدها، ود. محمود حلمي، معيار تمييز العقد الإداري، دار النهضة العربية،١٩٩٣ ص ٢٤ وما بعدها. ود. إبراهيم طه الفياض، مرجع سابق، ص ٢٨ وما بعدها.

(٢٩) صدر هذا القانون بقصر المنتزه ١٠ رمضان ١٣٦٥ هـ الموافق ٧ أغسطس ١٩٤٦، ونشر في الوقائع المصرية (الجريدة الرسمية) العدد ٨٣ السنة ١١٧، الصادر يوم الخميس ١٨ رمضان ١٣٦٥ هـ الموافق ١٥ أغسطس١٩٤٦.

(٣٠) صدر هذا القانون بقصر القبة بتاريخ ٢٤ ربيع الثاني ١٣٦٨هـ ٢ فبراير، ونشر في الوقائع المصرية (الجريدة الرسمية) العدد ١٧ السنة ١٢٠ الصادر يوم الخميس ٥ ربيع الثاني ١٣٦٨ الموافق ٣ فبراير ١٩٤٩.

على أن «تفصل محكمة القضاء الإداري في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الإدارية التي تنشــأ بين الحكومــة والطرف الآخر في العقد. ويترتب على رفع الدعــوى في هذه الحالة أمام المحكمــة المذكورة عدم جواز رفعهــا إلى المحاكم العادية، كما يترتب على رفعها أمام المحاكم العادية عدم جواز رفعها أمام محكمة القضاء الإداري».

وإن كان هذا القانون بهذه الصورة قد وضع أولى لبنات تحديد اختصاص القضاء الإداري بنظــر العقود الإداريــة، إلا أنه كان مثاراً للانتقاد؛ وذلك لأنه قصر اختصاص القضاء الإداري على منازعات بعض العقود الإدارية وهي عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد، فهي وإن كانت من أهم العقود الإدارية غير أنه لا يخفى أنها ليست كل العقود الإدارية، ومن ناحية أخــرى فإن اختصاص القضاء الإداري بهذا العقود لم يكن قــاصراً عليه وإنما جعله القانون شراكــة بينه وبين القضاء العادي وفقاً لرغبــات المدعين، وأخيراً فقد قصر القانون اختصاص القضاء الإداري بمنازعات هذه العقود على المنازعات التي تنشأ بين المتعاقد والحكومة دون غيرها من المنازعات التي قد تنشــأ بســبب هذه العقود بــين المتعاقد والمنتفعين بخدمات المرفق كالمنازعات التي تنشأ بين الملتزم والأفراد[٣١].

ولقد ألغي هذ القانون بالقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ والذي تنبه فيه القانون إلى تلك الســلبيات متلافياً إياها في مادته العاشرة والتي نصت على أن «يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر»[٣٢].

وقــد ألغي هذا القانون بالقانون رقم ٥٥ لســنة ١٩٥٩ الذي صــدر في ظل الجمهورية العربيــة المتحــدة والذي حافظ على ذات الاختصاص حيث نــص في مادته العاشرة على أن «يفصــل مجلــس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعــات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر»[٣٣].

(٣١) لمزيد من التفاصيل راجع د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٤١ وما بعدها. د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص ٢١ وما بعدها.

(٣٢) صدر هذا القانون بديوان رئاسة الجمهورية بتاريخ ٢٨ رجب ١٣٧٤هـ الموافق ٢٩ مارس ١٩٥٥، ونشر بالوقائع المصرية (الجريدة الرسمية) العدد ٢٥ مكرر غير اعتيادي بتاريخ ٢٩ مارس ١٩٥٥.

(٣٣) صدر هذا القانون بديوان رئاسة الجمهورية بتاريخ ١٣ شعبان ١٣٧٨ هـ الموافق ٢١ فبراير ١٩٥٩ هـ ونشر بالوقائع المصرية (الجريدة الرسمية) العدد ٣٣ مكرر (ب) غير اعتيادي بتاريخ ٢١ فبراير ١٩٥٩.

وأخيراً القانون الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢حيث نص في المادة ١١/١٠منه على أن: تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية:

(حـادي عشر) المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشـغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر.

فهل بهذه النصوص يكون النظام المصري قد أخذ أيضاً بفكرة العقود الإدارية بتحديد القانـون يقـول البعض من الفقه «ولقد كانت صياغة المادة ٥ من القانون رقم ٩ لسـنة ١٩٤٩ توحـي بأن العقود الثلاثـة الواردة بها هي عقود إداريـة بتحديد القانون؛ ولكن فحـص النص عن كثب يؤدي إلى العكس، فالمسـلم بـه فقهاً وقضـاء أن عقود الالتزام وعقود الأشـغال العامة هي عقود إدارية دائماً وفقـاً لخصائصها الذاتية ولصلتها الوثيقة بمبـادئ القانون العام، أما العقـد الثالث وهو عقد التوريد فهو العقد الذي يكون إدارياً أو غير إداري وفقاً لإرادة الإدارة، ولهذا فقد حرص نص المادة الخامسـة أن ينعته بصفة "الإدارية"، وهذا هو المسـتفاد من الأعمال التحضيرية التـي صاحبت صياغة المادة، أما صياغة المادة العاشرة من القانون رقم ١٦٥ لسـنة ١٩٥٥ والقانون رقم ٥٥ لسـنة ١٩٥٩ وكذا الفقرة ١١ من القانون رقم ٤٧ لسـنة ١٩٧٢ فهـي قاطعة إذ جاء فيها ذكر العقود الإدارية الثلاثة على سبيل التمثيل يؤيد ذلك نهاية المادة التي تقول: «أو بأي عقد إداري آخر». ومن ثم فإننا ننتهي إلى استبعاد فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون من نطاق القانون المصري»[٣٤].

ويرى البعض أيضاً أن النص في قوانين مجلس الدولة المتعاقبة (منذ قانون سـنة ١٩٤٩) على اختصاصـه بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشـغال العامة والتوريد لا يؤدي حتماً إلى اعتبار هذه العقود في جميع الحالات عقوداً إدارية[٣٥].

---

(٣٤) راجع د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٥٦،٥٧.

(٣٥) راجع د. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية مع دراسة خاصة لنظام تأمين مشتريات الحكومة وعقود التوظيف واستغلال الثروة الطبيعية في المملكة العربية السعودية، ط١، دار العلوم للطباعة والنشر، الرياض، ١٤٠٥هـ ١٩٨٤، ص ١٦ ،١٧.

وأعتقد أنه إذا فهم أن العقود المحددة بالنص هي تلك العقود غير الإدارية بطبيعتها وأن القانون ينص على توصيفها الإداري لاعتبارات معينة، فإنه في ضوء ذلك فإنه لا يوجد في القانــون المصري عقود إدارية محــددة بالنص، غير أنه يمكن ومن جانب آخر وتقديراً للنصوص أن نفهم أيضاً أن العقود الإدارية المحددة بالنص هي تلك العقود التي حددها النــص القانوني بحيث لا يجوز للقاضي وتحت أي اعتبار أن يخرجها من تحت مظلته ولا تخضــع للمعايير الفقهية أو القضائية، ولذا فإن عقد التوريد والذي يشــير الفقه إلى أنه قــد يكون عقداً إدارياً وقد لا يكون، وعليه يمكــن في الحالة الأخيرة يكون النظر فيه من اختصــاص القضاء العادي، فأعتقد أنه في ظل النص في القانون المصري الحالي يعد التفافاً على النص.

المبحث الثاني:

المعيار الفقهي والقضائي للعقود الإدارية:

لعدم كفاية النصوص القانونية سـواءً كانت تحديداً أو تمثيلاً لتحديد شـامل للعقود الإداريـة أو وضع معيار لها؛ فقد سـعى الفقـه والقضاء لإيجاد معيار على أساسـه يتم ذلـك التحديد فيرى البعـض Marie-Christine متفقاً في ذلك مع القضاء إلى أنه وحتى يعـد العقـد إدارياً، فلابد أولاً: أن يكون أحد طرفي العقد شـخصاً من أشـخاص القانون العـام، وثانيـاً: أن يكون العقد متصلاً بتنفيذ المرفق العام، أو يتضمن شروطاً اسـتثنائية، وبـكلا الأخيرين ودون أن يكون لأحدهما الغلبة على الآخر مع الشرط الأول يكون العقد إدارياً[٣٦].

وهذا آخر ما استقر عليه القضاء الفرنسي فقد تباينت أحكام القضاء الفرنسي وتأرجحت مـن معيار الشروط غير المألوفة بحكـم Terrier في ٦ فبراير ١٩٠٣، إلى معيار تنفيذ مهمة مرفـق عـام في حكم Therondفي ٤ مـارس ١٩١٠ إلى معيار الشروط غـير المألوفة بحكم societe des granitsporphyroides des Vosgesفي ٣١ يوليو ١٩١٢ ثم إلى معيار المرفق العام مع الشروط غير المألوفة بشـكل تبادلي في ٢٠ ابريل ١٩٥٦ بحكم EpouxBertin et Minister L، Agriculture واسـتقر القضـاء على هذا الأخير، مما يعنـي أن العقد حتى يكون إدارياً وفقاً للتكييف القضائي الفرنسي، يلزم كشرط أسـاسي أن يبرمه شـخص معنوي عام، ثم يضاف إلى ذلك إما شرط تعلق العقد بتنفيذ مرفق عام أو أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في مجال علاقات القانون الخاص[٣٧].

(٣٦) V. Marie-Christine Rouault، op.cit. p. 315" La jurisprudence s'attache à trois éléments: les parties-au contrat, l'objet et les clauses du contrat. Le premier critère doit obligatoirement être rempli : un contrat ne peut être administratif que si l'une des parties au moins est une personne morale de droit public. Il doit de plus répondre à un second critère, alternatif : il faut que l'objet du contrat se rattache à l'exécution même du service public ou que le contrat contienne une clause exorbitante du droit commun. Ces deux derniers critères sont alternatifs, le contrat doit répondre, pour être administratif, à l'une ou l'autre de ces conditions, sans que l'un des critères prime sur l'autre''.

(٣٧) - V. Marie-Christine Rouault، op.cit. p.315 et V. Georges Dupuis, Marie-José Guédon et patrice chrétien, op. cit. p.414.

في حين يكاد يجمع الفقه والقضاء المصري على أن العقد الإداري لا يستجمع هذه الصفة إلا إذا أبرمه شـخص معنوي عام، واتصل بنشـاط مرفق عام، وتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص[٣٨].

حيـث قضت محكمة القضـاء الإداري[٣٩] بأن «قضاء هذه المحكمة قد اسـتقر على أن العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شـخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسـبة تسـييره، وأن يظهر نيته في هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه، وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص»[٤٠] وقضت أيضـاً بأنه "ومن حيث إنه عن الدفع المبدى بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى، فإن من الأصول المسـلمة، أن العقود التي يبرمها أشـخاص القانون العام مع الأفراد بمناسبة

وراجع أيضا: الأستاذ مارسو لون، والأستاذ بروسبير في، والأستاذ جي بريبان، والأستاذ بيير دلفولفيه والأستاذ برونو جينفوا، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي « Les grands arrêts de la jurisprudence administrative » ترجمة الدكتور أحمد يسري، دار الفكر العربي، ط١٠، ١٩٩٥، ص ٧٦٨.

ود. عبد الفتاح صبري أبو الليل، أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا، ١٩٩٣، ص ٢٠. ود. عزيزة الشريف، دراسات في العقد الإداري، دار النهضة العربية، ١٩٨١، ص ٢٣، ود. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص٢١، ود. محمود حلمي، مرجع سابق، ص ٣٥.

(٣٨) راجع د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص ٢٨، وراجع أيضاً في هذا الموضوع – على سبيل المثال-المراجع التالية:

- د. إبراهيم طه الفياض، مرجع سابق، ص ٤٣ وما بعدها.
- د. ثروت بدوي، المعيار المميز للعقد الإداري، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الأول يناير-مارس السنة الخامسة، ١٩٥٩ ص ١٢٩.
- د. جمال اللبان، المعيار المميز للعقد الإداري، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الثالث، يوليو – سبتمبر، السنة الثامنة، ١٩٦٤، ص ٦٠.
- د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٥٨.
- د. عبد الله الوهيبي، مرجع سابق، ص ٦٩.
- د. محمد عبد العال السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، دار النهضة العربية، ١٩٩١، ص ١١ وما بعدها.
- د. محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص١٩ وما بعدها.
- د. محمود حلمي، مرجع سابق، ص ٣١ وما بعدها.
- د. محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص ١٩ وما بعدها.

(٣٩) محكمة القضاء الإداري هي محكمة من محاكم القضاء الإداري المصري.

(٤٠) راجع حكم محكمة القضاء الإداري، بتاريخ ١٩٥٧/٦/٢، مجلد١١، ص ٤٩٣، راجع د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص ٢٩.

ممارستها لنشــاطها في إدارة المرافق العامة وتسييرها ليست كلها من طبيعة واحدة، فمنها عقــود تأخذ فيها الإدارة بوســائل القانون العام بوصفها ســلطة عامــة، وهذه العقود تعد عقوداً إدارية ويختص القضاء الإداري بنظر المنازعات الناشــئة عنها، ومنها عقود تنزل فيها الإدارة منزلة الأفراد في تعاقدهم وتأخذ بوســائل القانون الخاص، وهذه العقود تعد عقوداً مدنيــة ويختــص القضاء العادي بنظر المنازعات الناشــئة عنها، والعقــود التي تبرمها جهة الإدارة في ظل أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ (في شأن تنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولــة ملكية خاصة والتصرف فيهــا) تخرج عن نطاق العقود الإدارية التي يختص القضاء الإداري بنظر المنازعات المتعلقة بها؛ ذلك أنه ولإن كان أحد أطراف هذه العقود شخص من أشــخاص القانون العام إلا أن هذه العقود لا تتســم بسمات العقود الإدارية، فهي لا تعدو أن تكــون عقوداً لبيع مال مملوك للدولة ملكية خاصــة وقد أبرمت بشروط لا تخرج على أســاليب القانون الخاص وليس فيها ما يوحى باتجاه نية الإدارة في الأخذ بوســائل القانون العام»[٤١] وقضت أيضاً بأنه «ومن حيث إن المنازعة الماثلة بين المدعي ومؤسسة دار الهلال وهي من المؤسسات الصحفية والتي تعتبر من أشخاص القانون الخاص، وأن العقد المبرم في الحالة الماثلة ينحسر عنه وصف العقد الإداري بالنظر إلى أطرافه ولعدم تضمنه شروطاً غير مألوفــة في القانون الخاص، وبالتالي يخرج من اختصاص مجلس الدولة وتختص به المحاكم العادية»[٤٢].

وفي ذات الاتجــاه كانت المحكمة الإدارية العليا[٤٣] حيث قضت بأن «العقد يعتبر إدارياً إذا كان أحد طرفيه شــخصاً معنوياً عاماً ومتصلاً بمرفق عام ومتضمناً شروطاً غير مألوفة في القانــون الخاص، فــإذا تضمن عقد هذه الشروط الثلاثة مجتمعــة كان عقداً إدارياً يختص بــه القضاء الإداري بحســب ولايته المحددة، وغني عن البيــان أن الشروط المتقدمة تسري بالنســبة للعقود الإدارية المســماة في القانون كذلك، فإذا كان العقد المسمى مبرماً لتحقيق

(٤١) راجع حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٣٦٠٧ لسنة ٥٧ ق، بجلسة ٢٠٠٤/٦/٢٢، موسوعة أحكام القضاء الإداري، مكتبة القاضي، تشريعات وأحكام جمهورية مصر العربية، إعداد الأستاذ سعيد محمود الديب المحامي، أسطوانة مدمجة وسيشار إليها فيما بعد (موسوعة أحكام القضاء).

(٤٢) راجع حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ١٩٩٤٢ لسنة ٥٧، بجلسة ٢٠٠٨/٣/١٦، المرجع السابق.

(٤٣) المحكمة الإدارية العليا هي إحدى محاكم القضاء الإداري المصري وحال ذكرها بدون إضافة فنعني بذلك تلك المحكمة.

مصلحــة خاصة وليس في نصوصه شروط غير مألوفة في القانون الخاص فهو عقد من عقود هذا القانون وتخرج المنازعة بشأنه عن ولاية القضاء الإداري»[٤٤].

وفي ذات الاتجاه قضت أيضاً بأنه «ومن حيث إن المســتقر عليه في قضاء هذه المحكمة أن العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شــخص معنوي من أشــخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناســبة تســييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص، وأنه من المســلم به في فقــه القانون الإداري أن اختيار الإدارة لوســائل القانون العام هــو الشرط الفاصل في تمييز العقود الإدارية؛ ذلك: أن اتصال العقد الذي تبرمه الإدارة بالمرفق العام إذا كان شرطاً لازماً لــكي يصبح العقد إداريــاً، فإنه لا يكفي بذاته لكي يضفي على العقــد تلك الصفة. وإذا لم يتضمن العقد شروطاً استثنائية فإنه لا مناص من خضوعه لأحكام القانون الخاص إذ ينتفي عنه عندئذ وصف العقد الإداري»[٤٥].

وقضــت كذلك بحكم حديث نســبياً وبتفصيل فقالــت: «بأن المســتقر عليه في قضاء المحكمــة الإدارية العليــا أن العقد يعتبر إداريــاً إذا كان أحد طرفيه شــخصاً معنوياً عاماً ومتصلاً نشاطه بمرفق عام ومتضمناً شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، وأن الإدارة حينما تبرم عقداً من العقود لا يعد بذاته عقداً إدارياً، حيث إن العقود التي تبرمها كشخص من أشــخاص القانون العام مع الأفراد بمناســبة ممارستها لنشــاطها في إدارة المرافق العامة وتسييرها ليست سواءً، فمنها ما يعد إدارياً تأخذ فيه الإدارة بوسائل القانون العام بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، وقد تنزل منزلة الأفراد في تعاقدهم فتبرم عقوداً مدنية تســتعين فيها بوســائل القانون الخاص، وأنه بناءً على ذلك إذا فقــد العقد شرطاً من الــشروط التي يتحقق بتوافرها مناط العقــد الإداري صار العقد من عقود القانون الخاص، وذلك كان تفقد الإدارة صفتها كشــخص معنوي عام، أو لا يكون العقد متصلاً بمرفق عام من حيث نشــاطه تنظيماً أو تســييراً، أو أتى العقد على غرار عقود

(٤٤) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم ٦/١٨٨٩ ق بجلسة ٣١ مارس ١٩٦٢، مجموعة المكتب الفني وسيشار إليها فيما بعد (المجموعة)، مجلد ٧ ج٢، القاعدة ٥٤، ص ٥٣٣.

(٤٥) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم ٣٥/٣١٢٨ ق بجلسة ٢٤ يناير ١٩٩٥، المجموعة، القاعدة ١٠٣، مجلد ٤٠، ج١، ص ١١٤، ١١٥.

الأفراد خالياً من الأخذ فيه بأسـلوب القانون العام بحيث لا يتضمن شروطاً اسـتثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص. ومن حيث إنه لما كان ذلك وكان العقد محل المنازعة قد أبرم بين الإدارة العامة لأملاك الدولة الخاصة والطاعن وموضوعه بيع قطعة أرض زراعية له ولا يتصل بمرفق عام من حيث نشـاطه تنظيماً أو تسييراً ومن ثم يكون من العقود المدنية التـي تختص المحاكم العادية بالمنازعات الناشـئة عنها، ولا يغير مـن ذلك أن العقد محل المنازعة قد أبرم بمعرفة شـخص من أشـخاص القانون العام أو يتضمن شروطاً استثنائية لا تتوفـر في عقود القانون الخاص، ذلك أن مناط اعتبار العقد إدارياً حسـبما اسـتقرت عليه أحكام المحكمة الإدارية العليا (دائرة توحيد المبادئ) رهن بتوافر الشروط الثلاثة المشـار إليهـا مجتمعة بحيث إذا فقد العقد شرطاً من الـشروط التي بتحقق توافرها مناط العقد الإداري صار العقد من عقود القانون الخاص»[٤٦].

وفي ذات السـياق أيضـاً قضت المحكمة الدسـتورية العليا في مصر بمناسـبة ممارسـة اختصاصها بالفصل في تنازع الاختصاص بأن "قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جرى على أن العقود الإدارية هي التي يكون أحد أطرافها شـخصاً من أشخاص القانون العام، يتعاقد بوصفه سـلطة عامة في شـأن يتصل بتسيير مرفق عام، منتهجاً في ذلك وسائل القانون العام التي تعد الشروط الاستثنائية التي تضمنتها هذه العقود كاشفة عنها ومبلوره لها،... وحيث إنـه لا ينـال مما تقدم قالة انطـواء العقد محل النزاع على بعض الشروط الاسـتثنائية غير المألوفة في روابط القانون الخاص، ذلك أنه بفرض توافر هذه الشروط فإنها لا تنهض وحدها سنداً لاعتبار العقد من العقود الإدارية متى ثبت تخلف الشرط الأول لذلك وهو أن يكون أحد طرفيه شـخصاً من أشـخاص القانون العام. ولا يغير من ذلك أيضاً ما تضمنه العقد في البند الثاني عشر من النص على اختصاص محكمة القضاء الإداري بالإسـكندرية بالفصل في كل نزاع ينشـأ عنه، ذلك أن القواعد المنظمة للاختصاص الولائي هي بطبيعتها أحكام آمرة تعد من النظام العام وبالتالي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.»[٤٧].

---

(٤٦) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم٢٠٥٤ لسنة ٤٨ ق، بجلسة ٢٠٠٧/٣/٢٤، المجموعة، القاعدة ٧٩، مجلد٤٨، ج ١، ص ٥٠٥.

(٤٧) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٧ لسنة ١٦ ق تنازع، بجلسة ١٩٩٩/٢/٦، موسوعة أحكام القضاء.

وفي ضوء ما سبق جميعه فإن العقد الإداري يكتسب هذه الصفة من خلال الشروط التالية:

أولاً: أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً معنوياً عاماً.

ثانياً: أن يتصل العقد بمرفق عام.

ثالثاً: أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية.

أولاً: أن تكون الإدارة أحد أطراف العقد:

يمثل هذا الشرط الجانب العضوي في العقد الذي يستند إلى صفة أطراف العقد، وذلك لأن قواعد القانون العام ما وضعت إلا لتحكم نشاط الإدارة فكان بدهياً أن يكون الشرط الأول والمقدمة الضرورية والتي لا غنى عنها لاعتبار العقد إدارياً أن يكون أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً، فهو كما يقول البعض من الفقه، أنه وإن كان هذا الشرط ليس كافياً لاعتبار العقد إدارياً، فإنه على الأقل يجب أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً عاماً[٤٨].

وإذا كان لازماً أن يكون أحد طراف العقد شخصاً عاماً، فليس هناك ما يمنع أن يكون العقد مبرماً بين أشخاص عامة، وإن كان الشكل الأخير لا يحدث كثيراً بالقياس إلى الشكل الأول.

فالنظام الفرنسي يستلزم ضرورة وجود أن يكون أحد طرفي العقد على الأقل شخصاً عاماً إلا إذا كان أحد الأطراف يتصرف بصفته وكيلاً عن الدولة فإنه في هذه الحالة يكون العقد إدارياً حتى وإن كان المتعاقدون من أشخاص القانون الخاص، ولا يعد هذا استثناءً على الأصل لأن حقيقة الوكالة تعني أن الشخص العام ما زال هو أحد أطراف العقد[٤٩].

أن هذا المبدأ قد أورد عليه القضاء الفرنسي بعض الاستثناءات على سبيل المثال في حكم محكمة التنازع في قضية شركة بيرو Peyrot حيث إن شركة طرق السيارات «إستيريل – كوت دي ازور» AutoRoute Estrel-Cote d' azur هي شركة من شركات الاقتصاد المختلط أبرمت عقداً مع منشأة بيرو لتنفيذ الأشغال الضرورية لإنشاء الطرق، ووقعت منازعة بين

(٤٨) V. Georges Dupuis، Marie-José Guédon et Patrice chrétien، op. cit. p.414.

(٤٩) V. Georges Dupuis، Marie-José Guédon et Patrice chrétien، op. cit. p.414.

الشركة الأخيرة وشركة طريق السـيارات تتعلق باستعمال الأخيرة حيلاً تدليسية نال الشركة منها ضرر وذلك حسب ادعاء الشركة، لذلك فهي تطلب التعويض.

قضت محكمة التنازع بأنه: «ومن حيث إن إنشـاء الطرق الوطنية يحمل صفة الأشغال العامة، وهو بطبيعته من شأن الدولة، وينفذ تقليدياً من خلال الإدارة المباشرة، وأنه نتيجة لذلك تكون العقود التي يبرمها رب العمل لهذا التنفيذ خاضعة للقانون العام.

ومـن حيث إنه يجب أن يكون الأمر كذلك بالنسـبة للعقود التـي يبرمها رب العمل لإنشـاء طريق سـيارات بالشروط المنصوص عليها في القانون. دون حاجة للتفرقة حسبما إذا كان الإنشـاء تتولاه الدولـة مباشرة بالطريقة المعتادة أو يتولاه بصفة اسـتثنائية ملتزم يعمل في مثل هذه الحالة لحساب الدولة سواءً كان هذا الملتزم شخصاً معنوياً من أشخاص القانـون العام أو شركـة من شركات الاقتصاد المختلـط. وأنه على هذا الوجـه وأياً كانت الأوضاع لإنشـاء الطريق فإن العقود المبرمة بين الإدارة أو ملتزمها مع المقاول لها صفة عقد الأشغال العامة. وذلك تكون الدعوى تدخل في اختصاص القضاء الإداري»[٥٠].

وقد توسع القضاء في ذلك فلم يتوقف عند حدود شركات الاقتصاد المختلط، وإنما تعداه إلى شركات أخرى خاصة بصفة تامة ما دام العقد متعلقاً بالطرق الوطنية[٥١].

(٥٠) V.TC juillet 1963, Société Entreprise Peyrot c/Société de lé autoroute Estérel –Cote de Azur R.787, RDP1964.776,concl.C.Lasry."Considérant que la construction des routes nationales a le caractère de travaux publics et appartient par nature à l›Etat ; qu›elle est traditionnellement exécutée en régie directe ; que, par suite, les marchés passés par le maître de l›ouvrage pour cette exécution sont soumis aux règles du droit public ; Considérant qu›il doit en être de même pour les marchés passés par le maître de l›ouvrage pour la construction d›autoroutes dans les conditions prévues par la loi du 18 avril 1955 sans qu›il y ait lieu de distinguer selon que la construction est assurée de manière normale directement par l›Etat, ou à titre exceptionnel par un concessionnaire agissant en pareil cas pour le compte de l›Etat, que ce concessionnaire soit une personne morale de droit public, ou une société d›économie mixte, ….que, dès lors, l›action sus-analysée engagée par l›Entreprise Peyrot contre la Société de l›Autoroute Estérel-Côte-d ‹Azur relève de la compétence de la juridiction administrative ;(TCN° 01804Publié au recueil Lebon)

وراجع الترجمة للدكتور أحمد يسري، الأستاذ مارسو لون وآخرين مرجع سابق، ص ٧٦٥، ٧٦٦.

Georges Dupuis، Marie-José Guédon et patrice chrétien، op. Cit. p.414

(٥١) لمزيد من التفاصيل راجع الأستاذ مارسو لون، وآخرين، مرجع سابق ص ٧٧٢ وما بعدها.

وعليــه يمكن القول أن اعتبــار هذه العقود إدارية كان ذلــك باعتبار أنها تحمل صفة الأشغال العامة التي تنتمي بطبيعتها إلى القانون العام(٥٢).

ومن أمثلة ذلك أيضاً حكم مجلس الدولة في قضية Dame Culard، حيث مد مجلس الدولة الاســتثناء إلى أعمال خارج نطاق الأشغال العامة، ففي هذه القضية حيث تعلقت بشأن قروض قدمها بنك فرنسا العقاري وهو شركة تجارية تخضع للقانون الخاص بمقتضى اتفاق مع الدولة من مبالغ واردة من حساب مفتوح في سجلات الخزانة يديره وزير المالية لمساعدة إعادة توطين الفرنسيين العائدين من تونس، حيث اعتبر المجلس أن النزاع الذي جــرى بين هذه الشركــة وأحد المقترضين يختص به القضــاء الإداري باعتبار أن هذا البنك في تعاقــده مع المواطنين كان يعمل لحســاب الدولة، وأن العقود التــي يبرمها البنك مع المقترضين وإذ يكون موضوعها تنفيذ خدمة مرفق عام لمساعدة الفرنسيين تخضع للقضاء الإداري(٥٣).

هذا يعني أن النظام الفرنسي يضع كمقدمة ضرورية - وشرط أساسي لابد من توافره حتماً - أن يكون أحد أطراف العقد شــخصاً من أشــخاص القانون العام، غير أنه أورد استثناءات على هذا المبدأ كما في الأمثلة الســابقة كحالة التعاقد لحســاب الدولة، أو في عقد طبيعته تنتمــي إلى أعــمال الدولة يكون موضوعها تنفيذ خدمة مرفق عــام أو تنتمي بطبيعتها إلى القانون العام.

---

(٥٢) V. Georges Dupuis، Marie-José Guédon et patrice chrétien، op. cit. p.115.

(٥٣) CE 18 juin 1976,Dame Culard, R. 320; AJDA 1976.579, note M. Durupty.Les contrats passe entre Le crédit foncier de France et les emprunteurs ont été conclus pour le compte de l›état et avaient pour objet l›exécution même du service public d›aide aux français rapatries de Tunisie ; que, des lors , bien que le crédit foncier de France soit constitué sous la forme d›une société commercial , ces contrats présentent le caractère de contrats administratifs «V. aussi, concernant l›établissement de voies publiques dans une zone à urbaniser en priorité, CE 30 mai 1975, Société d›équipement de la région montpelliéraine, R. 326 ; concernant l'installation d'un réseau d›assainissement et et à propos de la ؛ de distribution d'eau potable, TC 7 juill. 1975, Commune d'Agde, R. 798 construction de centrales nucléaires, TC 10 mai 1993, Société WannerIsofiIsolation,R.399, note F.Luchaire, RDP1996.1171V. Georges Dupuis، et autres, op. Cit.p.415.

وهذا الــشرط في قاعدته العامة أيضاً تواترت عليه أحــكام القضاء الإداري المصري، كما ســبقت الإشــارة إذ ضمنته الشروط التي يلزم توافرها لاعتبار العقد إدارياً حيث كما قالت المحكمــة الإداريــة العليا «وضرورة أن تكــون الإدارة طرفاً في العقد أمــر يبرره أن قواعد القانــون الإداري إنما وجدت لتحكم نشــاط الإدارة، ومن ثم فــإن العقد الذي يبرمه الأفراد أو الهيئــات الخاصة لا يعد عقداً إداريــاً «العنصر الأول في تمييز العقود الإدارية، وهو كون الإدارة طرفــاً فيها أمر طبيعي لأن العقود الإدارية هي طائفة من عقود الإدارة وبالتالي فإن العقد الذي لا يكون أحد أطرافه شــخص من أشــخاص القانون العام لا يمكن اعتباره عقداً إدارياً..»[٥٤].

وأيضاً قضت المحكمة بأنه «ومن حيث إن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن العقد يعتــبر إدارياً إذا كان أحد طرفيه شــخصاً معنوياً عاماً ومتصــلاً بمرفق عام ومتضمناً شروطاً غــير مألوفة في نطاق القانون الخاص، فــإذا تضمن عقد هذه الشروط الثلاثة مجتمعة كان عقداً إدارياً يختص به القضاء الإداري... كل ذلك ينبئ بوضوح أن وزارة الأوقاف إنما تتعاقد معه بصفتها ناظرة على الوقف ومن المقرر قانوناً أن للأوقاف شــخصية اعتبارية لا تختلط بشــخص الناظر عليها أو المســتحقين فيها، وعلى ذلك فإن حقيقــة التعاقد في واقعة الحال أنه قد تم بين الوقف كشــخص اعتباري من أشخاص القانون الخاص وبين الطاعن، وبالتالي يتخلف في شــأنه حتى يعتبر عقــداً إدارياً، شرط أن يكون أحد طرفي التعاقد من أشــخاص القانون العام وينحسر الاختصاص بشأنه عن القضاء الإداري»[٥٥].

غير أنه وفي الاتجاه الفرنسي استثنى من ذلك المبدأ الحالة التي يظهر فيها الشخص المعنوي الخاص أنه يتعامل لحساب الإدارة ومصلحتها حيث قضت بأنه «من البديهي أن العقد الذي لا تكون الإدارة أحد أطرافه لا يجوز بحال أن يعتبر من العقود الإدارية، ذلك أن قواعد القانون العام إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد والهيئات

(٥٤) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٣٨٦ لسنة ٣٣ق بجلسة ١٩٩٤/١/١٨، الموسوعة الإدارية الحديثة، د. نعيم عطية، وأ. حسن الفكهاني، (سيشار إليها فيما بعد بالموسوعة) الدار العربية للموسوعات (حسن الفكهاني- محام) ١٩٩٤، ١٩٩٥ج٤٩، ص ٤٦.

(٥٥) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢١٨٤ لسنة ٢٩ ق، بجلسة ٢١ فبراير ١٩٨٧، مجموعة المكتب الفني بمجلس الدولة المصري، (سيشار إليها فيما بعد بالمجموعة) مجلد ٣٢، ج١، ص ٨٥٣.

الخاصة، إلا أنه من المقرر أنه متى استبان أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة انما هو في الحقيقة لحساب الإدارة ومصلحتها؛ فإن هذا التعاقد يكتسب صفة العقد الإداري إذا ما توافرت فيه العناصر الأخرى التي يقوم عليها معيار تمييز العقد الإداري، ومن حيث إنه متى كان الثابت مما تقدم أن شركة شل في العقدين موضوع النزاع قد تعاقدت لحساب ومصلحة الحكومة، متى كان لا نزاع في أن العقدين قد أبرما بقصد تسيير مرفق عام وفي أنه قد اتبعت فيهما وسائل القانون العام، متى كان الأمر كذلك فإن العقدين المشار إليهما بناءً على ما تقدم يكتسبان صفة العقود الإدارية، وبهذه المثابة فإن مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري يختص دون غيره بنظر المنازعات الخاصة بهما»[٥٦]

ويبقى السؤال متى يكون الشخص المعنوي عاماً؟ فالأشخاص المعنوية كما قد تكون عامة قد تكون خاصة كذلك، فما هو المعيار المميز الذي على أساسه يكون الشخص المعنوي شخصاً من الأشخاص المعنوية العامة؟

أن الإدارة العامة في مفهومها العضوي يقصد بها مجموعة المنظمات والهيئات والأجهزة التي تقوم بأداء وظيفة الدولة وتحت إشراف سلطاتها السياسية فيما يتصل بتحقيق المصالح العامة وهذا المعنى يتضمن السلطات المركزية والسلطات اللامركزية والمؤسسات والهيئات العامة، وإذا كانت لا توجد إشكالية في تحديد السلطات المركزية واللامركزية في الدولة وتمييزها عن الهيئات أو المؤسسات العامة لأن هذه السلطات هي أقسام إدارية تحوز جزءاً من سيادة الدولة وتتمتع بالشخصية المعنوية وفق ما هو مقرر لها في الدستور القانون واللوائح[٥٧]، فإن الإشكالية في تحديد المؤسسة العامة أو الهيئة العامة لتحديد طبيعتها الإدارية ومن ثم تحديد التكييف القانوني لتصرفاتها تمييزاً لها عن المؤسسات الخاصة التي يحكمها نظام قانوني مختلف وتخضع للقضاء العادي.

ولقد قيلت مساهمات فقهية وقضائية متعددة لتمييز الهيئات العامة والمؤسسات العامة عن المؤسسات الخاصة، يذكر الأستاذ Yves Gaudemet أنه لا مشكلة حينما يكون

---

(٥٦) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٥٥٨لسنة ٧ق، بجلسة ١٩٦٤/٣/٧، المجموعة، مجلد ٨، ج١، ص ٧٦٣.

(٥٧) راجع د. طعيمه الجرف، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨، ص ١١٦، ١١٧، ١٤٥.

النص القانوني المنشئ صريحاً في اعتبار مؤسسة ما بأنها مؤسسة عامة، ولكن توجد المشكلة حينــما لا يكون النص صريحاً في تحديد طبيعة الشــخص المعنــوي، حينئذ يلجأ القضاء إلى تبني معايير لتحديد هذا التكييف وقد ســاد في مرحلة أولى: معيار الجهة المنشئة، ومعيار مدى تمتع الشــخص المعنوي بامتيازات الســلطة العامة، ويقوم المعيــار الأول على طبيعة الجهة المنشــئة، فإن كانت الســلطات العامة هي التي أنشــأتها، فإنها والحالة هذه تصبح مؤسسة عامة، وعلى العكس من ذلك إن كانت الجهة التي أنشأتها جهة خاصة فإنها تصبح ترتيباً على ذلك مؤسسة خاصة.

أما معيار مدى تمتع الشــخص المعنوي بامتيازات الســلطة العامة، فإنه كما هو واضح يعتمد على مدى تمتع الشخص المعنوي بصلاحيات وامتيازات السلطة العامة، كسلطة فرض الضرائــب، أو نزع الملكية للمنفعــة العامة، أو صلاحية اتخاذ وســائل قهرية ضد الآخرين فإن كان للشــخص المعنوي نصيب من تلك الامتيازات، وذلك يبين من قانون إنشــائه، كان الشخص المعنوي عاماً وإلا فإنه يكون خاصاً.

ولأن هذا المعيار لم بكن حاســمــاً كما أشار الأستاذ Patrick Fraisseix والأستاذ Jean-Paul Valette مشيراً إلى ان مدرسة الحقوق الفرنسية في القاهرة كانت مؤسسة من شخص خاص، إلا أنها اعتبرت مع ذلك مؤسســة عامة(٥٨) بالإضافة إلى أن الشــخص الخاص قد يمنح امتيازاً من امتيازات السلطة ومع ذلك لا يعد شخصاً عاماً(٥٩).

وفي مرحلــة ثانيــة ودون التخلي عن هذه المعايير أضيف إليهــا بعض من الأوضاع التي تحكم الشخص المعنوي كقواعد التنظيم والتوظيف في المؤسسة، ودرجة الرقابة التي تمارس عليها من قبل السلطة العامة، والتمويل المالي.

والوضــع الحالي في القضاء الفرنسي أنه يعتبر أن كل معيار من هذه المعايير ليس وحده كافيــاً في تحديد طبيعة الشــخص المعنوي؛ لذلك فهو يتجه نحــو كل هذه المعايير ويعدها قرائن ينير بها طريقه نحو استكشاف نية القانون وصولاً لتحديد التكييف الصحيح لطبيعة

(٥٨) V. Patrick Fraisseixet. Jean-Paul, précis de droit public, puf.2000.p0244-245

(٥٩) راجع د. طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص ١٤٧ وما بعدها.

الشخص المعنوي[٦٠].

وهذا الاتجاه هو نفسه ما قضت به المحكمة الإدارية العليا منذ فترة ليست بالبعيدة حيث قالت: «ومن حيث إنه ولإن كان الخلط والغموض من ناحية وخطورة النتائج التي تترتب على تحديد ما إذا كان الشخص المعنوي الذي يؤدي خدمات ذات نفع عام مؤسسة عامة أم لا من ناحية أخرى، تقتضي اتخاذ مقياس للتفرقة جامع مانع، إلا أن ما سبق ابتداعه من مقاييس في هذا الشأن فشل في الوصول إلى هذه الغاية، إذ لم يصلح مقياس بذاته إلا في بعض الحالات دون البعض الآخر، ومن ثم فلا مندوحة من أن يوكل أمر التكييف القانوني للمؤسسات - وهل هي عامة أم لا - إلى تقدير القضاء في كل حالة على حده، والقضاء في تقديره لكل حالة يستعين بالمقاييس المشار إليها في مجموعها، بوصفها علاقات تهدي إلى حقيقة طبيعة المؤسسة، فهو يرجع فعلاً إلى النصوص التشريعية إن وجدت ليتعرف ما إذا كان المشرع قد أعلن بوضوح إرادته فيما يتعلق بطبيعة المؤسسة أم لا، ولا يجتزئ بذلك، بل

(٦٠) V. Yves Gaudemet Traite de droit administratif، éd: 16.L.G.D.J. Paris.2001.pp.291.292›› D›une part، le critère tiré de l'initiative de la création de l›établissement celle-ci est venue des pouvoirs publics، il s'agit d'un établissement public: si au contraire elle est venue de l'initiative privée، on p. 33, concl. .:est en présence d'un organisme privé (C.E., 22 mai 1903, caisse des écoles, S. 905 Romieu — 21 juin 1912, Pichot, Rec. Lebon, p. 711, concl. Blum — T.C. 31 mai 1913, Pichot, Rec. Lebon, p. 605). «On naît établissement public ; on ne le devient pas» (concl. Blum dans ; (l'affaire Pichot

d'autre part، le critère tiré de la détention par l'établissement de prérogatives ou privilèges de-puissance publique ; chaque fois que la loi aura doté rétablissement d'un tel privilège exorbitant (pouvoirs de taxation، bénéfice de l'expropriation، gestion d'un monopole، pouvoirs de contrainte .à l'égard de tiers il sera réputé établissement public

Puis la jurisprudence, sans abandonner ces critères, en a ajouté d'autres ; règles d'organisation et de fonctionnement de l›établissement, degré du contrôle exercé sur lui par les pouvoirs publics, procédés de financement, mode d›établissement du statut du personnel ; et surtout elle a considéré qu'aucun de ces divers critères n'est à lui seul déterminant ; elle s'est orientée vers une prise en considération globale de ces critères qu'elle combine en un « faisceau d'indices » susceptibles de l›éclairer sur l'intention supposée du législateur (T.C. 20 nov. 1961, Bourguet c/ centre Eugène 1962, 389, note A. de Laubadère).

.Et V. André de Laubadère،Traite de droit administratif, éd.7.L.G.D.J. Paris 1976.p 7

يستهدي بأصل نشأة المؤسسة وهل هي من خلق الإدارة أو من خلق الافراد؟ كما يستأنس بمدى اختصاصات السلطة العامة التي تتمتع بها المؤسسة وهل لها حق فرض الضرائب والرسوم أم لا، ويستنير أيضاً بمدى رقابة الإدارة على المؤسسة من الناحيتين الإدارية والمالية، ثم يستنبط من كل أولئك، وما إليه، تقديره لحقيقة طبيعة المؤسسة»(٦١).

وأخيراً فإنه يعتد بالصفة الإدارية لأي من أطراف العقد في الوقت الذي أبرم فيه، فإن تغيرت صفته فيما بعد فإن ذلك لا ينزع عن العقد صفته الإدارية، كما لا يتحول العقد إدارياً لو تحول الشخص المعنوي الخاص إلى شخص معنوي عام(٦٢).

ثانياً: أن يتصل العقد بتنفيذ المرفق العام:

ظهر اصطلاح المرفق العام le service public لأول مرة في كتابات الفقيه برودون Proudhon الذي استعمل هذا المصطلح بمثابة معيار للتفرقة بين المال العام والمال الخاص للدولة(٦٣).

والمرفق العام كما يعرفه البعض هو نشاط تضطلع به منظمة عامة، لإشباع حاجة المصلحة العامة(٦٤)، ويعرفه الأستاذ George Vedel والأستاذ PierreDelvolvé من منظور عضوي، ومنظور مادي، وتعريفه اعتماداً على الزاوية الأولى يعد مشروعاً يدار من قبل الإدارة العامة، ومن الزاوية الثانية، يعد نشاطاً يهدف إلى إشباع حاجة عامة(٦٥).

ومن الفقه العربي يعرفه د. سليمان الطماوي بأنه «مشروع (entreprise) يعمل باطراد وانتظام تحت إشراف رجال الحكومة بقصد أداء خدمة عامة للجمهور، مع خضوعه لنظام قانوني معين»(٦٦).

---

(٦١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٤٤ لسنة ٥ ق، بجلسة ١٩٦٢/١٢/٨، المجموعة، مجلد ٨، ج١، ص ١٨٦.

(٦٢) راجع د. محمد بكر حسين، العقد الإداري والتحكيم، مكتبة السعادة، ١٩٩٣، ص ١٠.

(٦٣) راجع د. السيد خليل هيكل، مرجع سابق، ص ٧٥.

(٦٤) V. André de Laubadère, op. cit. P.604» le service public une activité assumée par collectivité publique en vue de donner satisfaction à un besoin d›intérêt général"

(٦٥) V. George Vedel et Pierre Delvolvé, op. Cit. P.P.1097, 1098.et V. Marie Christine. Rouault, op. cit. p.377.

(٦٦) راجع د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، ١٩٧٩، ص ٣١٨.

وقد عرفته محكمة القضاء الإداري بأنه «كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واستمرار، ويستعين بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجة العامة التي تتطلبها لا بقصد الربح بل بقصد المساهمة في صيانة وخدمة المصالح العامة في الدولة، والصفات المميزة للمرفق العام هي أن يكون المشروع من المشروعات ذات النفع العام أو يكون غرضه سد حاجات عامة مشتركة أو تقديم خدمات عامة».

من ذلك كله فإن عناصر المرفق العام تتحدد في أنه مشروع تنشئه الدولة، ويخضع لسلطتها العامة، مستهدفاً تحقيق المصلحة العامة [٦٧].

هذا ويقوم المرفق العام كشرط تبادلي مع شرط السلطة العامة أو الشروط الاستثنائية في النظام الفرنسي، وكشرط ثانٍ مكمل للشرط الأول في النظام المصري، وذلك لتحديد طبيعة العقد الإداري وعليه فإن العقد كي يكون إدارياً لابد وأن يتصل بتنفيذ مرفق عام يقول الأستاذ André de Laubadère. أن معيار المساهمة المباشرة في تنفيذ مرفق عام قد كرس بالقرار المشهور EpouxBertin الذي أعاد وبقوة فكرة المرفق العام هذا يعني أن العقود التي يرتبط موضوعها بتنفيذ المرفق العام تعتبر عقوداً إدارية[٦٨] أن هذا الشرط وعلى حد تعبير الأستاذ Pierre-Laurent Frier قد أعاد كرامة المرفق العام غير أنه يجب كما يقول هذا الأخير أن تكون تلك المساهمة في موضوع المرفق العام وليست مساهمة هامشية بسيطة، وإن كان يعترف أن الحد الفاصل بينهما ليس دائماً بالأمر السهل[٦٩].

وقد عرفته المحكمة الإدارية العليا بأنه «مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واستمرار ويستعين بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التي

---

(٦٧) لمزيد من التفصيل راجع د. حمدي محمد العجمي، القانون الإداري في المملكة العربية السعودية (التنظيم الإداري- النشاط الإداري) مركز البحوث، معهد الإدارة العامة، الرياض، ١٤٣١ هـ-٢٠١٠، ص ٢١٥وما بعدها.

(٦٨) V. André de Laubadère، op. cit. P.351.« le critèretiré do la participation directe du cocontractant à l›exécution du service public« — Consacré par la fameuse decision Epoux Bertin.., cecritère, don't l›avènement a naturellement contribué puissamment à la « revalorisation de la notion de service public en droit administratife français, est passé désormais au premier plan، Sont, de ce point de vue, des contrats administrative sceux qui ont pour objet de faire directement participer le cocontractant exécution du service public››

(٦٩) V. Pierre-Laurent Frier، précis de droit administratif، 3éd.montchrestien 2004,p.331

يتطلبها بغير قصد الربح بل خدمة للصالح العام والنفع العام»[٧٠].

ويمكن أن نحدد بشكل عام تلك الصور التي تتصل بتنفيذ المرفق العام فيما يلي[٧١]:

- العقــود التي يســند فيها إلى المتعاقــد تنفيذ عمل في ذات موضــوع المرفق ويكون فيها للمتعاقــد دور رئيسي في تنفيذ المرفق العام، فيدير المرفق العام أو يكون شريكاً في إدارته كعقد الالتزام.
- العقــود التي تكون وســيلة للقيام بمهمــة المرفق العام أي القيام بأعــمال هي من مهام ومسؤوليات المرفق العام.
- العقــود التــي تبرم مع المنتفعين لضــمان تقديم الخدمات العامة وذلــك بدلاً من فرضها بقرارات إدارية
- العقود التي تتعلق بالارتباط الشخصي بالمرفق كعقود التوظيف.
- العقود التي تلتزم فيها الإدارة بتقديم ســلعة أو خدمة معينة وهي العقود التي تبرم مع المنتفعين بخدمات المرفق.

وفي ذات الاتجــاه كان القضاء الإداري المــصري حيث قضت المحكمة الإدارية العليا بأن «العقــد الإداري على ما اســتقر عليه قضاء هــذه المحكمة هو العقد الــذي تكون الإدارة طرفاً فيه ويتصل بنشــاط المرفق من حيث تنظيمه وتســييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة للمصلحة العامة، وتأخذ فيه الإدارة بأسلوب القانون العام»[٧٢].

وقضت أيضاً بأن «المســتقر عليه في قضاء المحكمة الإدارية العليا أن العقد يعتبر إدارياً إذا كان أحد طرفيه شــخصاً معنوياً عاماً ومتصلا نشــاطه بمرفق عــام ومتضمناً شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، ومن حيث إنه لما كان ذلك وكان العقد محل المنازعة قد

(٧٠) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٧٠٣ لسنة ٣٣ ق بجلسة ١٩٩٣/٢/٩، الموسوعة مرجع سابق، ج ٣٥، ص ٢٨١.

(٧١) V. André de Laubadère، op. Cit. p. p.351-352, et V. Pierre-Laurent Frier, op. Cit. p. 331 et V. Marie Christine. Rouault, op. Cit. p.p. 321-322. وراجع د. محمد بكر حسين، مرجع سابق، ص ١٥.

(٧٢) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٣٨٣ لسنة ٣٥ ق بجلسة ١٩٩٥/١/٨، المجموعة، م ٤٠، ج ١، ص ٨٧٦.

أبرم بين الإدارة العامة لأملاك الدولة الخاصة والطاعن وموضوعه بيع قطعة أرض زراعية له ولا يتصل بمرفق عام من حيث نشــاطه تنظيماً أو تسييراً، ومن ثم يكون من العقود المدنية التــي تختص المحاكم العادية بالمنازعات الناشــئة عنها، ولا يغير مــن ذلك أن العقد محل المنازعة قد أبرم بمعرفة شــخص من أشــخاص القانون العام، أو يتضمن شروطاً استثنائية لا تتوفــر في عقود القانون الخاص، ذلك أن مناط اعتبار العقد إدارياً حســبما اســتقرت عليه أحكام المحكمة الإدارية العليا (دائرة توحيد المبادئ) رهن بتوافر الشروط الثلاثة المشــار إليهــا مجتمعة بحيث إذا فقد العقد شرطاً من الــشروط التي بتحقق توافرها مناط العقد الإداري صــار العقد من عقود القانون الخاص. ومن حيث إنه لما كان ما تقدم وكان العقد محل المنازعة لا يتصل بنشاط مرفق عام، ومن ثم تنحسر عنه صفة العقد الإداري وينحسر بالتــالي اختصاص محاكم مجلس الدولة بنظر المنازعات الناشــئة عنــه وينعقد الاختصاص بنظرها للمحاكم المدنية»[٧٣].

ثالثاً: أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية:

هذا الشرط يجري تبادلياً في النظام الفرنسي كما أشرنا غير أنه في النظام المصري ضروري لا غنى عنه مع الشروط الأخرى بل يعد الشرط الأهم لتكييف العقد بأنه عقد إداري، وقد كان أول ظهور لهذا الشرط في حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٣١ يوليه ١٩١٢ في قضية شركة الجرانيت Société des granits porphyroïdes des Vosges،[٧٤].

وعن هذا الشرط يذكر الأســتاذ André de Laubadère أن فكرة الشروط الاســتثنائية ستكون بســيطة لو أخذنا بحرفية المصطلح وهي أن الشروط الاستثنائية هي تلك الشروط التي لا يمكن أن تدرج في عقود القانون الخاص لأنها ستكون غير قانونية، لأن هذه الشروط تحمــل التزامات لا تكون مقبولــة في محيط القوانين المدنية والتجارية [٧٥]، وهو ما قضى به

(٧٣) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم٢٠٥٤ لسنة ٤٨ ق، بجلسة ٢٠٠٧/٣/٢٤، المجموعة، م٤٨، ج ١، ص ٥٠٥.

.V. André de Laubadère، op. Cit. p. p.351-352 et V. Yves Gaudemet،op.cit. 681 (٧٤)

V. André de Laubadère et V. Yves Gaudemet،op.cit. 681 ‹› La notion serait simple sil'expression (٧٥) étant prise à la lettre، la clause exorbitant du droit commun était nécessairement، Celle qui ne pourrait figurer dans le contrat de droit privéeparce qui elle y sera itillégale. Effectivement

مجلـس الدولة بقوله «إن الشروط الاسـتثنائية في محيط القانون العام هي تلك التي تمنح الأطـراف حقوقـاً وتضع على عاتقهم التزامـات غريبة في طبيعتها بالنسـبة لتلك التي يتم الاتفاق عليها بحرية من قبل أي شخص في إطار القوانين المدنية والتجارية»(٧٦).

وأيضـاً قضت محكمة التنازع بأن «تلك الشروط هي التي ترفع مركز المتعاقدين بحيث لا يكون اعتيادياً والذي في هذه الحالة سيكون ناتجاً عن اتفاق في إطار القانون العام»(٧٧).

ثم يسـتطرد قائلاً: «لكن ليس هذا فقط هو معنى الشروط الاسـتثنائية، وإنما اعترف القضاء أيضاً بالصفة الاستثنائية لشروط دون أن تتصف بكونها غير قابلة لإدراجها في القانون المدني لأنها تخالف النظام العام، وهي الشروط التي تكون اسـتثنائية بشـكل كبير، أو التي لا يمكن الاعتراف بها إلا تحت شـكل وأسـاس مختلف، إن تحديد الشروط الاستثنائية بهذا سيكون صعباً ونسبياً في نفس الوقت.

ثم يستكمل أيضاً بقوله: إن تحديد مضمون الشروط الاستثنائية بعرض تطبيقات لمجلس الدولة الفرنسي، متمثلة في تلك الشروط التي تحمل بشكل عام امتيازات سواءً كانت للإدارة تجاه المتعاقد، كسـلطة إنهاء العقد باردة منفردة أو فرض رقابة اسـتثنائية عليه، أو تكون هذه الامتيازات للمتعاقد تجاه الغير، كجمع الضرائب أو التنفيذ المباشر.

ويضيف أخيراً بأن مجلس الدولة قد ينظر أيضاً إلى تحديد الشروط الاستثنائية إذا كانت تلك الشروط تحمل السمة الإدارية وهذا المعنى يستوحى من اعتبارات المنفعة العامة التي تحملها هذه الشروط»(٧٨).

ولم تختلف الأستاذة marie Christine عن المضامين السابقة حيث قالت: إن الشروط

---

de telles clauses, « comportant des obligations qui ne sont pas susceptibles de être librement consenties dans le cadre des lois civiles et commerciales» sont reconnues exorbitantes (C.E., 15fév. 1935, Sté Fr. de construction, Rec. Lebonp. 201.- 29 juin1951Sté minière du Cap Corse, Rec. Lebon, p.383 T.C.20 avril 1959, Sté nouvelle d'exploitation des plages, p.866, C.E30 Juillet 1949, Gluckberg, p.387"

(٧٦) V.C.E. 20 oct. 1950، Stein، Rec. 505.

(٧٧) V. TC 19 juin 1952, Soc. des combustibles, Rec. 628.

(٧٨) V. André de Laubadère et V. Yves Gaudemet 681. et v. Marie Christine. Rouault, op. Cit. p.320.

الاستثنائية كما اعتبرها القضاء هي تلك الشروط التي تمنح الأطراف حقوقاً وتضع على عاتقهم التزامات غريبة بطبيعتها عن محيط الشروط في القانون المدني والقانون التجاري كالشروط غير المتصورة وغير الممكنة في العلاقات الفردية، أو تلك التي تمنح الشخص العام سلطة أعلى في العملية التعاقدية كالحق في الرقابة، أو تلك التي تعطي للشخص العام الحق في وقف أو فسخ العقد، وهذه الشروط لا تكون معتبرة إلا إذا كانت واردة في كراسة الشروط[٧٩].

هذا ويضيف الأستاذ frier إلى أن «النظام الاستثنائي للقانون العام قد يؤدي إلى إضفاء الصفة الإدارية على العقد ويحدث ذلك كما يقول في فروض قليلة وذلك في العقود التي لا يوجد بها شروط استثنائية ولا تكون في ذات الوقت متصلة بتنفيذ المرفق العام، ولكن السياق العام للعقد، والإطار الذي وضعت فيه يعطيها خصوصية حقيقية. أنها ليست قابلة للمقارنة مع العقد الخاص بسبب النظام الاستثنائي للقانون العام»[٨٠].

وعلى الرغم كما يشير البعض من الفقه الفرنسي[٨١] إلى الاضطراب وعدم التحديد فيما يعد من الشروط الاستثنائية وما لا يعد، وتحت أي معيار يمكن أن يكون ذلك، فإنه سيبقى الإطار العام لتكييف العقد بأنه إداري رهين بتوافر شرطين، أحدهما لا يمكن الاستغناء عنه وهو أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً معنوياً عاماً، والشرط الثاني - هو الشرط التبادلي - وهو إما أن يتوافر شرط الاتصال بمرفق عام، أو أن يكون العقد محتوياً على شروط استثنائية.

وإذا كانت هذه الشروط الاستثنائية تعد شرطاً تبادلياً مع شرط ارتباط العقد بتنظيم مرفق عام وتسييره، فإن الحال في الفقه والقضاء المصري يعد شرطاً جوهرياً لاعتبار صفة العقد الإداري، سواءً كان مع شرط ارتباط العقد بتنظيم المرفق العام أو كفايته وحده لتحقيق صفة العقد الإداري، حيث يرى جانب من الفقه المصري أن معيار الشروط الاستثنائية كافٍ وحده لاعتبار العقد إدارياً، فيرى الدكتور ثروت بدوي أن معيار الشروط الاستثنائية هو الذي يلفت نظر القاضي أثناء البحث عن طبيعة العقد، بالإضافة إلى أن معيار الشروط

(٧٩) V. Marie Christine. Rouault, op. Cit. p.320.

(٨٠) V. Pierre –Laurent Frier, op.cit.p.333.

(٨١) V. Pierre –Laurent Frier, op.cit.p.331et V. Yves Gaudemet، op.cit. P.681 V. André de Laubadère، op. Cit. p. p.353.

الاستثنائية يترتب عليه نتائج قانونية أولها امتيازات السلطة العامة المخولة لجهة الإدارة في مجال العقود، كما أن وجود الشرط الاستثنائي يعد دليلاً على اتجاه نية المتعاقدين إلى الأخذ بأسلوب القانون العام وهو ما يطلق عليه الأساس الشخصي للشرط الاستثنائي، كما أن من الناحية الموضوعية فإن إدراج الشرط الاستثنائي من شأنه أن يطبع العقد بالطابع الإداري فهو بذاته يجسد الطبيعة الإدارية للعقد[٨٢].

ويتابع البعض من الفقه وفي ذات الاتجاه فيرى أن الشروط الاستثنائية هي المعيار الحقيقي لتمييز عقود الإدارة عن عقودها المدنية، فهذا المعيار يرتكز أساساً على فكرة السلطة العامة التي تعتبر الشروط الاستثنائية مظهراً من مظاهرها في مجال العقود الإدارية[٨٣].

كما يتجه البعض من الفقه إلى أنه ليس ثمة داع لاتصال العقد بالمرفق العام على أساس أن اشتراط أخذ الإدارة في العقد بأساليب القانون العام يكاد يتضمنه ويغني عنه في معظم الأحوال؛ إذ إن الإدارة غالباً لا تلجأ إلى وسائل القانون العام إلا إذا تعلق الأمر بالمرافق العامة[٨٤]، ولذلك يرى أنه بتدقيق النظر وإمعان الفكر نجد أن هذه الشروط تتركز في الحقيقة في شرطين اثنين وجود الإدارة كطرف في العقد، وتصرف الإدارة بوصفها سلطة عامة[٨٥].

وقد تناول بعض الفقه[٨٦] كلام الدكتور ماجد الحلو على أنه يستبعد معيار المرفق العام مكتفياً بمعيار الشروط الاستثنائية، غير أن ذلك قد يتبدد عند مطالعة كتابه في العقود الإدارية حينما تناول تحت مضمون شرط السلطة العامة معياري المرفق العام والشروط الاستثنائية مقدماً معيار المرفق العام على معيار الشروط الاستثنائية في تبيان شرط السلطة العامة[٨٧].

وفي الاتجاه القضائي ترى محكمة القضاء الإداري أنه «فإن من الأصول المسلمة، أن العقود التي يبرمها أشخاص القانون العام مع الأفراد بمناسبة ممارستها لنشاطها في إدارة المرافق

(٨٢) راجع د. ثروت بدوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، ١٩٦٣، ص ٨٢.

(٨٣) راجع د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٧٣، ص ٩٢.

(٨٤) راجع د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، ١٩٧٧، ص ١٣٦.

(٨٥) راجع د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، ص ١٦.

(٨٦) راجع د. جمال عباس عثمان، مرجع سابق، ص ٩١.

(٨٧) راجع د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص ٣١.

العامة وتسـييرها ليسـت كلها من طبيعة واحدة، فمنها عقود تأخذ فيها الإدارة بوسـائل القانون العام بوصفها سلطة عامة، وهذه العقود تعد عقوداً إدارية ويختص القضاء الإداري بنظر المنازعات الناشئة عنها، ومنها عقود تنزل فيها الإدارة منزلة الأفراد في تعاقدهم وتأخذ بوسـائل القانون الخاص، وهـذه العقود تعد عقوداً مدنية ويختـص القضاء العادي بنظر المنازعات الناشـئة عنها... ذلك أنه ولإن كان أحد أطراف هذه العقود شخص من أشخاص القانون العام إلا أن هذه العقود لا تتسـم بسمات العقود الإدارية، فهي لا تعدو أن تكون عقـوداً لبيع مال مملـوك للدولة ملكية خاصة وقد أبرمت بشروط لا تخرج على أسـاليب القانون الخاص وليس فيها ما يوحى باتجاه نية الإدارة في الأخذ بوسائل القانون العام»[٨٨].

هذا وتجعل المحكمة الإدارية العليا الشروط الاسـتثنائية هي الشرط الجوهري والأهم لتمييز العقد الإداري حيث قضت بأنه «ومن حيث إن المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أن العقد الإداري هو الذي يبرمه شـخص معنوي من أشـخاص القانـون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسـبة تسـييره، وأن تظهر نية الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص وأنه من المسـلم به في فقه القانون الإداري أن اختيار جهة الإدارة لوسائل القانون العام هو الشرط الفاصل في تمييز العقـود الإدارية، ذلك أن اتصال العقد الذي تبرمه الإدارة بالمرفق العام إذا كان شرطاً لازماً لـكي يصبح العقد إداريـاً فإنه لا يكفي بذاته على العقد لكي يضفي على العقد تلك الصفة، وبهذه المثابة فإن العقد يتسـم بطابع العقود الإدارية، ومن أمثلة الشروط الاسـتثنائية أن يتضمن العقد شروطاً تخول للجهة الإدارية الحق في تعديل التزامات المتعاقد معها وسلطة إنهـاء التعاقد بإرادتها المنفردة دون حاجة لرضاء الطـرف الآخر كما أن من أمثلة الشروط غـير المألوفـة حق الجهة الإدارية في تغيـير طريقة التنفيذ وحقهـا في توقيع عقوبات على المتعاقـد معها دون حاجة لوقوع ضرر أو الالتجاء إلى القضاء، وإذا لم يتضمن العقد شروطاً اسـتثنائية فإنه لا مناص من خضوعه لأحكام القانـون الخاص إذ ينتفي عنه عندئذ وصف العقد الإداري»[٨٩].

---

(٨٨) راجع حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٣٦٠٧ لسنة ٥٧ ق بجلسة ٢٠٠٤/٦/٢٢،موسوعة أحكام القضاء.

(٨٩) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣١٢٨ لسـنة ٣٥ ق، بجلسـة ١٩٩٥/١/٢٤، المجموعة، مجلد ٤٠، ج ١، ص ١٠١١.

غـير أن البعض من الفقه يقلل من تلك الأهمية لحسـاب شرط اتصـال العقد بالمرفق العام فيقول الدكتور الطماوي: «وضع السلطة العامة موضع المرفق العام في تحديد مجال القانون الإداري هو وقوف عند الوسـيلة دون الاهتـمام بالغاية، ونرى أنه من المصلحة أن نفرق بين الشرطين وهما الشروط غير المألوفة وصلة العقد بالمرفق العام لأن وسائل القانون العام المنطوية على عنصر السـلطة إنما تقررت نزولاً على مقتضيات سـير المرافق العامة»، وفي ذات الاتجاه يرى الدكتور جمال جبريل أن «معيار الشروط الاسـتثنائية لا يكفي منفرداً في إصبـاغ العقـد بالطابع الإداري، فلا بد مـن اتصال العقد المبرم بتنفيـذ المرفق العام أو تسييره لأن العقود الإدارية شرعت من أجل تحقيق هذا الهدف، وأن الاقتصار على الشروط الاسـتثنائية كمعيـار لتمييز العقـد الإداري هو معيار مبتور، فليس مـن الالزام على إرادة المتعاقديـن أن يتضمن عقدهما شروطاً غير مألوفة في القانـون الخاص لكي يصطبغ العقد بالطابـع الإداري. وبمعنى آخر فمـن الممكن أن يبرم العقد بـين المتعاقدين ويصبح عقداً إداريـاً دون أن يتضمن شروطاً غير مألوفـة في القانون الخاص، ولكن لا يمكن وصف العقد المبرم بأنه عقد إداري دون أن يكون متصلاً بالمرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره»[٩٠].

وبعـد فإن ماهية العقد الإداري في فرنسـا تتحدد من خـلال شرطين، الأول: ويمكن أن نسـميه شرطاً مفترضـاً، وهو أن يكون أحد أطراف العقد شـخصاً معنويـاً عاماً، فلا يمكن الحديـث عن عقد إداري ما لم تكن الإدارة طرفاً فيه، وحتى الاسـتثناءات التي وردت على ذلـك فإنها متعلقة به، وفي هذا لا يختلف عنه الفقه والقضاء المصري الذي يشـترط وجود هذا الشرط، أما الشرط الثاني، فهو في فرنسـا يكون تبادلياً بحيث يكتفى بواحد من اتصال العقد بمرفق عام أو اتصال العقود بالشروط الاستثنائية مع الشرط الأول لتوافر صفة العقد الإداري، أمـا في مصر فإن جانب كبير من الفقه يشـترط توافـر ثلاثة شروط مجتمعة، وهو ما اسـتقر عليه القضاء بحيث يلزم لتوافر صفة العقد الإداري توافر ثلاثة شروط بحيث إن انعدام أي واحد منها يؤدي إلى انعدام صفة العقد الإداري، وهي أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً عاماً ومتصلاً بمرفق عام بهدف تنظيمه وتسييره، ومتضمناً شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص.

(٩٠) راجع د. جمال عباس عثمان، مرجع سابق، ص ٩٤.

المبحث الثالث:

ماهية العقد الإداري في النظام السعودي وأركانه:

سنتناول في هذا المبحث ماهية العقد الإداري في النظام السعودي ثم نتكلم عن اركان العقد الإداري وذلك كما يلي:

أولاً: ماهية العقد الإداري في النظام السعودي:

باستقراء الأنظمة السعودية المتعلقة بتنظيم العقود أو بتحديد الولاية القضائية، لم نجد ما يمكن تسميته بالعقود الإدارية بتحديد القانون، فبمطالعة نظام ديوان المظالم (الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٨٧٥٩/١٣/٧/٢ وتاريخ ١٣٧٤/٩/١٧هـ[٩١]) لم نجد أي إشارة لما يتعلق بالعقود الإدارية بشكل خاص، فقد حددت المادة الثانية منه اختصاصات الديوان فنصت على أن «يختص الديوان بما يلي:

أ- تسجيل جميع الشكاوى المقدمة إليه.

ب- التحقيق في كل شكوى تقدم أو تحال إليه وإعداد تقرير عنها يتضمن وقائعها وما أسفر عنه التحقيق فيها والإجراء الذي يقترح الديوان اتخاذه بشأنها والأسباب التي يقوم عليها الإجراء المقترح.

ج- إرسال هذا التقرير إلى الوزير أو الرئيس المختص مع إرسال صورة منه إلى ديوان جلالة الملك، وصورة أخرى إلى ديوان رئيس مجلس الوزراء، وعلى الرئيس أو الوزير المختص خلال أسبوعين من استلامه التقرير أن يبلغ الديوان بتنفيذه الإجراء المقترح أو معارضته له، وفي هذه الحالة يتعين إبداء أسباب معارضته وعند ذلك يرفع رئيس الديوان تقريره إلى جلالة الملك ليصدر أمره العالي في أمر موضوع التقرير. ولا يجوز للديوان أن يقترح على وزير أو رئيس فرض عقوبة أو اتخاذ إجراء غير منصوص عليه في النظم القائمة إلا بأمر من جلالة الملك، وإذا كانت الشكوى موجهة إلى وزير

---

(٩١) راجع جريدة أم القرى، بتاريخ ٢٣ /١٢/ ١٣٧٤هـ الموافق ١٢ /٨/ ١٩٥٥، السنة، ٣٢، العدد ١٥٧٧.

أو رئيس مسئول، يرفع رئيس الديوان الأمر إلى جلالة الملك ليصدر أمره بما يرى اتخاذه بشأنها».

أمـا قرار مجلس الوزراء رقم (٨١٨) وتاريخ ١٣٩٦/٥/١٧هـ والذي نص على: اختصاص الديوان بالفصل بصفة نهائية في طلبات التعويض المقدمة من المقاولين المتعاقدين مع جهات حكومية في الحالات التي يستند فيها المقاولون على حدوث تقصير في الجهة الحكومية ينتج عنه إلحاق خسارة أو ضرر بالمقاول.

فيمكـن القول بأنه قيد اختصاص الديوان بالمنازعـات المذكورة لأي عقد تبرمه الجهات الحكومية، دون تحديد لعقود دون أخرى.

أما نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥١ وتاريخ ١٤٠٢/٧/١٧ هـ [٩٢] فقد حـددت المادة (٨) منه اختصاصات الديوان فنصت عـلى أن يختص ديوان المظالم بالفصل فيـما يـلي: وخصت الفقـرة (د) منها « الدعـاوى المقدمة من ذوي الشـأن، في المنازعات المتعلقة بالعقود التي تكون الحكومة، أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفاً فيها.»

وجاءت المذكرة الايضاحية للنظام ونصت على أن « المراد بالعقد هو: « العقد مطلقاً»، سواء كان عقداً إدارياً بالمعنى القانوني أم عقداً خاصاً».

وواضـح من نص النظام أنه جعل معيـاراً واحداً محدداً لاختصاص القضاء الإداري وهو أن يكون أحد أطراف العقد، الحكومة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفاً فيه سواءً كان العقد إدارياً بالمعنى القانوني أم عقداً خاصاً أبرمته تلك الجهات.

وجاء النظام الحالي الصادر بالمرسـوم الملكي رقم م/٧٨ وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ[٩٣]، ليحدد في المـادة (١٣) منـه اختصاصات الديوان والذي خص الفقـرة (د) منها باختصاص الديوان بـ «الدعاوى المتعلقة بالعقود التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها».

وأعتقد أن لفظ العقود الوارد في هذه المادة لا يختلف عنه في النظام السـابق فقد أتى مطلقاً كما كان، الأمر الذي يجعلنا نسـتصحب النص القديم ومذكرته التوضيحية لنصل إلى

(٩٢) راجع جريدة أم القرى، بتاريخ ٥ /٨ /١٤٠٢ هـ الموافق ٢٨ /٥ /١٩٨٢ م، السنة ٥٩، العدد، ٢٩١٩.

(٩٣) راجع جريدة أم القرى، بتاريخ ١٤٢٨/٩/٢٣ هـ الموافق ٥ /١٠ /٢٠٠٧ م، السنة ٨٤، العدد،٤١٦٩..

ذات النتيجــة للنظام الحالي وهــي أن المراد بالعقد هو: «العقد مطلقاً» ســواء كان عقداً إداريــاً بالمعنى القانــوني أم عقداً خاصاً»؛ وعليه فإن الديــوان يتطلب شرطاً وحيداً لإعمال ولايتــه القضائية إما بقبول الدعوى لأنها خاضعة لولايتــه تطبيقاً لهذا النص النظامي، وإما بعــدم قبول الدعوى لعدم الاختصاص حال عدم توافر ذلــك الشرط وبه يحكم، ومن ذلك على سبيل المثال ما قضى به أنه « بناءً على ما تقدم من الدعوى والإجابة يتحرر محل النزاع في الأســاس التعاقدي ... وبما أن هذا النزاع قد نشــأ بسبب عقد أحد طرفيه جهة حكومية؛ فــإن نظره والفصل فيه يندرج ضمن اختصاص ديوان المظالم حســب المــادة (١/٨/د) من نظامه»[٩٤].

ومــن ذلك أيضــاً ما قضى به أنه « بما أن المدعي يهدف مــن إقامة دعواه الحكم بإلزام المدعــى عليها دفع أجرة المثل بمبلغ قدره.. نظير اســتغلالها عقــار موكله بعد انتهاء عقد الايجــار المبرم بينهــما.. فان الدعوى بناء عــلى تكييفها النظامي الصحيــح تعتبر من قبيل الدعاوى المتعلقة بالعقود والناشــئة عنها، إذ أن مثارها عقد الإدارة طرف فيه، وعليه فإنها داخلــة في مشــمول ولاية ديــوان المظالم بنظرها وفقــاً للمادة (١٣/د) مــن نظامه الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ [٩٥].

وتطبيقات الديوان في هذا كثيرة يصعب حصرها، قبولاً أو رفضاً، غير أنه سيبقى السؤال قائماً لتحديد المقصود بالجهة الإدارية، وللإجابة على هذا السؤال فإننا سنتتبع بعض الأحكام التــي أصدرها الديوان في هذا الشــأن وذلك للخروج برؤية للديــوان عن هذا المعيار، ومن ذلك ما قضى به الديوان أنه «حيث يلزم ابتداءً للفصل في القضية بحث الاختصاص للديوان وحيث نصت المادة الأولى من النظام الأســاسي لمؤسســة ســلطان بن عبــد العزيز الخيرية الصادر بالأمر الملكي رقم ... على أن يتم بموجب هذا النظام تأســيس مؤسســة خيرية باسم

(٩٤) راجــع الدائــرة الإدارية الحكم رقم ١٠٩/د/إ/٤ لعام ١٤٢٦هـ، في القضية رقــم ١/٥٤٥/ق لعام ١٤١٩ هـ المؤيد من هيئــة التدقيــق بالحكم رقم، ١٤١/ت/١ لعام ١٤٢٧ هــ مجموعة الأحكام والمبادئ الإداريــة لعام ١٤٢٧ هـ ج ٥، ص ٢١٧٠. ولمزيــد مــن الاحكام راجع المجموعة لعام ١٤٢٧ هـ ج٥، ومجموعــة الأحكام والمبادئ لعام ١٤٢٨، ج٦، والمجموعة لعام ١٤٢٩، ج٥، والمجموعة لعام ١٤٣٠ج٥ (هذه المجموعات صادرة من المكتب الفني بديوان المظالم).

(٩٥) راجــع حكم المحكمــة الإدارية رقم ٩٦/د/إ/٢ لعام ١٤٣٣هـ، في القضية رقم ١٠/١٧٨٠/ق لعام ١٤٣٢ هـ المؤيد من محكمــة الاســتئناف الإدارية بالحكم رقــم ٣/١٣ لعام ١٤٣٤هـ، في القضية رقــم ٣/٣١٧٣/ق لعام ١٤٣٣ هـ (حكم غير منشور).

مؤسسة سـلطان بن عبد العزيز الخيرية ويكون لها شـخصية اعتبارية مستقلة وحيث إن المؤسسة مؤسسة خيرية ذات شخصية اعتبارية مستقلة وليست جهة حكومية كما في المادة سالفة الذكر فإن الدعوى تخرج حينئذ عن اختصاص ديوان المظالم»(٩٦).

ويبين من هذا الحكم أن المرجع في تكييف الجهة كان هو النظام المنشـئ لها غير أن التقعيـد لم يكن بالقـدر الكافي من الوضوح فقد حكم على المؤسسـة بأنها خاصة وذلك لأن لها شـخصية اعتبارية مسـتقلة وهذا لا يصلح معياراً للتمييز بين الشخصية الاعتباريـة العامة والخاصة فكلاهما يحمل صفة الشـخصية الاعتبارية المسـتقلة أما كونهـا خيرية فليس بمميز أيضا فما الذي يمنع أن تكون المؤسسـات العامة قائمة على أعمال خيرية.

وفي حكـم آخر قضى الديوان بأنـه «حيث إنه للنظر في مدى اختصـاص الديوان بنظر الدعـوى، فإنه طبقاً للـمادة الأولى والثامنة من نظام الديوان الصادر بالمرسـوم الملكي رقم م/٥١ وتاريخ١٤٠٢/٧/١٧هـ فإن الديوان هو جهة القضـاء الإداري صاحب الولاية العامة في الفصـل في المنازعـات الإدارية التي تكـون الحكومة أو أحد الأشـخاص المعنوية العامة طرفاً فيها، فإذا لم تكن الحكومة أو إحدى مؤسسـاتها العامة طرفاً في المنازعة فإن الديوان لا يختص بنظرها والفصل فيها لانتفاء صفة المنازعة الإدارية.

وحيـث إن الدعـوى مقامة على نادي ... الرياضي، ولما كان النادي يعتبر من الأشـخاص المعنويـة الخاصـة ولا يعتـبر جهة إدارية أو مؤسسـة عامة تابعة للحكومـة ومن ثم فإن الدعوى لا تعتبر من المنازعات |الإدارية التي يختص الديوان بالفصل فيها الأمر الذي تنتهي معه الدائرة إلى الحكم بعدم اختصاص الديوان ولائياً بالفصل في الدعوى، ولا يغير من ذلك أن الرئاسـة العامة لرعاية الشباب تشرف على النادي لأن هذا الإشراف لا يجعل من النادي جهة إدارية أو شخصية معنوية عامة»(٩٧).

---

(٩٦) راجع حكم الدائرة الإدارية رقم ١/د/إ/٣ لعام ١٤٢٨هـ في القضية رقم ١/٥٣٣١/ق لعام ١٤٢٧ هـ المؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم ٨٨/ت/٨ لعام ١٤٢٧ هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٢٨ هـ ج ١، ص ١٠٥.

(٩٧) راجـع حكـم الدائرة الإدارية رقم ١٢٥/د/إ/٥ لعام ١٤٢٧هـ في القضية رقـم ١/٥٥١٥/ق لعام ١٤٢٧ هـ المؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم ١٤٦/ت/١ لعام ١٤٢٨ هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٢٨ هـ ج ١، ص ٧٠.

وفي هــذا الحكم يتبين أن المعيار الذي أخذ به الديــوان للتمييز بين الجهة غير الإدارية والجهة الإدارية هو تابعية الشـخص المعنوي للحكومة مــن عدمه وهو معيار من المعايير الصالحة للتمييز بين الأشـخاص المعنوية الخاصة والعامة مع التحفظ على اســتخدام كلمة الحكومة لأن الأشـخاص المعنوية العامة المستقلة ليست تابعة للحكومة وإنما تابعة للدولة فالأشخاص المعنوية العامة ليست جزءاً من الحكومة وإنما جزء من الدولة.

وفي حكم آخر قضى الديوان بأنه «من المستقر عليه أن أي دفع يجب على ناظر الدعوى أن ينظــر فيه بعد انعقاد الخصومــة هو الدفع بعدم الاختصاص، فوجــب على الدائرة أن تطرح موقفها من الاختصاص بنظر القضية من عدمه، وبما أن النزاع نشأ عن عقد بين طرفين وإذا كان ديــوان المظــالم هيئة قضاء إداري بموجب نظامه حســب الفقــرة (د) من نظامه ينظــر في دعاوى العقــود بين الجهات الحكومية والمتعاقدين معها، إلا أنه في ســبيل تقرير ذلك يتوجب تحديد أشــخاص النزاع، والثابت أن المدعية مؤسســة تجارية، غير أن النصيب الأوفــر في النظــر يتجه إلى المدعى عليها هل هي جهة إدارية أم ليســت كذلك؟ ولقد جاء اســم المدعى عليها ممهوراً بـ(مستشــفى الملك فيصل التخصصي بجده) ولكون مستشفى الملك فيصل التخصصي يوجد منها في المملكة مستشفيان أحدهما في الرياض ويعتبر مؤسسة عامــة بموجب نظامه[٩٨] أمــا الآخر وهو من رفعت الدعوى في مواجهته، فقد بذلت الدائرة جهدها لتحديد شخصيته وتبعيته وبما أن مستشفى الملك فيصل التخصصي (مؤسسة عامة) فقد حدد الطريقة النظامية لإنشــاء فروع المؤسســة العامة، إذ جــاء في المادة الرابعة من التنظيم وفي معرض بيان اختصاصات تلك المؤسســة في الفقرة الثانية، النص التالي (مجلس الادارة هو الســلطة المهيمنة على جميع شــؤون المؤسســة وتصريف أمورها واتخاذ جميع القــرارات اللازمة لتحقيق أغراضها فيحدد هذا التنظيم، ولهــا على وجه الخصوص ... (ك) اعتماد فتح فروع أو مكاتب للمؤسســة داخل المملكة أو خارجها) وفي ســبيل التحقق من ذلــك فقد خاطبت الدائرة المشرف العام لمستشــفى الملك فيصل التخصصي ومركز الابحاث

(٩٨) بالرجوع إلى تنظيم المؤسســة تبين فعلاً أن تنظيمها الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم ٢٦٥ وتاريخ ١٤٢٢/١٠/٣٠هـ ينص على أن تلك المستشــفى مؤسســة عامة حيث نصت المادة الأولى منه على أن « يكون مستشــفى الملك فيصل التخصصي ومركز الأبحاث مؤسســة عامة تتمتع بشـخصية اعتبارية ذات ذمة مالية مســتقلة ترتبط برئيس مجلس الوزراء ومقرها الرئيسي مدينة الرياض ولها إنشاء فروع أو مكاتب داخل المملكة أو خارجها»

بالرياض (مؤسسة عامة) بخطابها رقم .. تطلب فيه الدائرة من المستشفى تحديد العلاقة بين المستشـفى بالرياض بوصفة مؤسسـة عامة وبين المستشـفى الذي يحمل الاسم بجدة فورد للدائرة خطاب المشرف العام التنفيذي للمستشفى بالرياض (مؤسسة عامة) بخطابه رقـم... بالنص التالي (نود الإفادة إلى أنه لم يصدر قرار حتى تاريخه بتحديد نوعية العلاقة بين المستشـفيين سـواءً كان ذلك من الجهات العليا أو من مجلس إدارة مستشـفى الملك فيصل التخصصي بالرياض، وبالنسـبة للنواحي المالية والإدارية فإن مستشـفى جدة تتمتع باستقلالية تامة عن مستشفى الرياض في النواحي المالية والإدارية.

ومـا دام الأمر ما تقدم ولم يصدر قرار ممن أسـند لها النظـام الاختصاص بإصدار قرار إنشـاء الفروع، كما أن المؤسسة العامة وعلى لسـان المشرف العام التنفيذي لها تؤكد عدم العلاقة بين المستشـفيين ماليـاً وإدارياً، فعندئذ تقرر الدائرة أنـه لا صلة تربط بين هذين المستشـفيين حالياً سـوى الاسم وأن المستشفى بجدة فهو شـخصية ليست حكومية لعدم ظهور تلك الصفة فيه، كما أن وكيل المستشفى المدعى عليها أوضح في قضية سابقة مقيدة برقـم .. أنه لا توجد ميزانية حكومية مخصصة له، بل إن إيراداته هي من المبالغ المتحصلة من المرضى والمراجعين ، وناتج ذلك أن المستشفى لا يقدم أي خدمة بدون مقابل من المرضى ونحوه سوى ما تصدر به أوامر من كبار المسئولين على أن تتم المحاسبة لاحقاً بين الطرفين، والقاعـدة الفقهية أن الاصل في الأمـور العارضة العدم فكون أي جهـة مرتبطة بالحكومة هي صفة عارضة تحتاج إلى إثبات ومسـتند من النظام وسوى ذلك فالأشخاص طبيعيون أو اعتباريون، لكن ليست لهم الصفة العمومية المرتبطة بالدولة، والذي إن حكم ضدهم فهو حكم يحمل خزينة الدولة أعباء، وبهذا يتقرر أن المدعى عليها ليسـت جهة حكومية..لكل ما تقدم حكمت الدائرة بعدم اختصاص ديوان المظالم ولائياً بنظر الدعوى» [٩٩].

ويبـدو من هذا الحكم أنه اعتمـد على عدة قرائن منها النظام لتحديد منشـأ الجهة، استقلال ميزانية الجهة عن الدولة، استهداف الربح، وهي قرائن صالحة في مجموعها تؤدي إلى إمكانية تحديد صفة الجهة كونها إدارية من عدمه.

---

(٩٩) راجـع حكـم الدائرة الإدارية رقم ١٢٦/د/إ/١١ لعام ١٤٢٧ هـ في القضية رقم ٢/٥٨٩٤/ق لعام ١٤٢٧ هـ المؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم ١٢٧/ت/١ لعام ١٤٢٨ هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٢٨ هـ ج ١، ص ٥٥.

وفي حكم آخر قضى الديوان بأنه «وحيث إن بحث مسألة الاختصاص الولائي من المسائل الأوليــة الســابقة لنظر الدعوى، وأنه مــن النظام العام الذي تتصدى لــه الدائرة من تلقاء نفســها، ومن غير حاجة لطلــب من الخصوم، ومن حيث إن الدعــوى مقامة تجاه الشركة الســعودية للكهرباء، وهي شركة تجارية ذات شــخصية معنوية مســتقلة، وليســت جهة حكومية، أو مؤسســة عامة وعليه فإن نظر هذا النزاع خارج عن الولائية القضائية لديوان المظالم المحددة في المادة الثالثة عشرة من نظامه»[١٠٠].

وفي حكم آخر قضى الديوان بأنه « وحيث إنه وقبل نظر الدعوى يتعين بحث اختصاص الديوان حول طلب المدعية إذ إن الاختصاص يعد من الأمور الاولية التي تسبق نظر موضوع الدعوى وحيث إن الثابت أن مؤسســات الطوافة الأهلية صدر بإنشــائها الأمر السامي رقم ... وتاريخ ... بغرض تطوير الخدمات المقدمة للحجاج، وذلك بالتخلص من ســلبيات نظام الطوافة الفردي إلى إيجابيات النظام الجماعي في تقديم الخدمات بطريقة منظمة تباشرها المؤسسات الأهلية للطوافة، وقد أصدر وزير الحج بقراره رقم ... اللائحة التنظيمية الإدارية لواجبات ومســؤوليات مجالس إدارة المؤسســات، التي نصت في المادة الأولى منها على أن يشــكل بقــرار من وزير الحج مجلس لإدارة كل مؤسســة يتكون مــن رئيس ونواب وعدد من الأعضاء يكون هو الجهة المســؤولة عن إدارة شؤون المؤسسة وتصريف أمورها، ووضع السياســة العامة التي تســير عليها بــإشراف ومتابعة من وزارة الحــج، وللمجلس أن يتخذ القــرارات التي تؤدي إلى تحقيــق الغرض الذي قامت من أجله المؤسســة، والذي يتلخص في تجميــع القــوى والطاقات العاملة في خدمة الحجاج واســتثمار قدراتها بما يكفل تقديم أفضل الخدمات لضيوف الرحمن، مع الالتزام التام بكافة النظم واللوائح والقرارات الوزارية المنظمة لذلك، وتشــكيل اللجان وفرق العمل المتخصصــة المطلوبة والإشراف على مجالس الخدمــة التنفيذية ومجموعات الخدمــة الميدانية٠ ونص قرار وزير الحــج رقم ... الصادر بمعايــير وشروط العاملين في مجموعات الخدمات الميدانية على أن يكون اختيار العاملين في مجموعات الخدمة الميدانية بالترشيح والاختيار وفق معايير وشروط تصدر بقرار من مجلس

(١٠٠) راجــع حكم المحكمة الإدارية رقم ٦٤/د/إ/٣ لعام ١٤٢٩ هـ في القضية رقم ٢/٥٩١٤/ق لعام ١٤٢٨ هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٤٠١/إس/٨ لعام ١٤٢٩ هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٢٩ هـ ج ١، ص ١٧٩.

المؤسســة، ويختــار الرئيس ونائبه نصف أعضــاء المجموعة والباقي بالتنســيق مع مجلس الإدارة ممن انطبقت عليهم المعايير، ويجوز لمجلس الإدارة أن يبقي تشــكيلات المجموعات المتحصلــة على تقدير أداء ممتاز في الموســم الماضي، وتحاط وزارة الحج بالتشــكيلات بعد تصديق مجلس الإدارة عليها، وســتعمد الوزارة إلى إلغاء أي تشــكيل كلياً أو جزئياً متى ما كان ذلك مخالفاً للمعايير المعتمدة، وحيث إن الدائرة بنظرها فيما سبق تبين لها أن مؤسسة مطوفي حجاج الدول ٠٠٠٠٠٠٠ هي من المؤسسات الأهلية التي تقوم بجمع شتات أعمال الطوافة ولا يصدق عليها وصف الهيئات ... الإدارية ولكل ما تقدم حكمت الدائرة: بعدم اختصاص ديوان المظالم ولائياً بنظر هذه الدعوى.» [١٠١].

وتعليقاً على هذا الحكم فان كل ما ســاقه هذا الحكم من نصوص لا تؤدي إلى النتيجة التي وصل إليها واعتبار مؤسسة الطوافة من المؤسسات الاهلية.

وفي حكم آخر عن ذات المؤسســة قضى الديوان بأنه «ولا تعد مؤسســات الطوافة من الجهــات الحكومية وليس لوزارة الحج تجاهها إلا وظيفــة الرقابة والإشراف التي لا تنهض أن تعد تلك المؤسســات بســبب تلك الوظيفة أحد أفراد الجهات الحكومية، مما تعتبر معه الدعوى في مواجهة المؤسسات خارجة عن اختصاص الديوان»[١٠٢].

من هذه التطبيقات يتبين أن الديوان لم يحدد معياراً بعينه على أساسه يلتزم بتحديد ماهية الشــخص المعنوي العام، وان كانــت تلك التطبيقات لا تتيح التعرف بشــكل دقيق على منهج الديوان في هذا الشــأن إلا أنه يمكن القول من خلال تلك الاحكام أن الاتجاه يكون نحو النظام الذي أنشــأ المؤسســة ومدى ما تنطق به النصوص التي قد نتفــق أو نختلف معه في تكييفها، والتحقق من خلال قرائن أخرى تبعية الجهة للدولة، مصادر التمويل، استهداف الأرباح.

وأعتقــد أن تحديــد الجهة كونها إدارية مــن عدمه كما مر عرضــه في النظام الفرنسي والمصري والســعودي، لا يوجد معيار كافٍ وقاطع وحده في تحديد ماهية الجهة الحكومية

(١٠١) راجع حكم الدائرة الإدارية رقم ١/د/إ/١٢ لعام ١٤٢٦هـ في القضية رقم ٢/١٧٢٥/ق لعام ١٤٢٦ هـ المؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم ٣٩٠/ت/٦ لعام ١٤٢٧ هـ راجع مجموعة الأحكام لعام ١٤٢٧ هـ مرجع سابق، ج ١، ص ١٠٥.

(١٠٢) راجــع حكــم الدائرة الإدارية رقم ١١٣/د/إ/١١ لعام ١٤٢٦هـــ في القضية رقم ٢/٣٦٠٥/ق لعام ١٤٢٦ هـ المؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم ٢٥١/ت/١ لعام ١٤٢٧ هـ راجع مجموعة الأحكام لعام ١٤٢٧ هـ مرجع سابق، ج ١، ص ٨٦.

غير أن هناك معايير بعضها أقوى من بعض في تحديد ذلك، فمعيار الجهة المنشـئة، ومعيار السلطة العامة لا يمكن إنكار قوتهما في تحديد ماهية الشخص المعنوي، لذلك أرى أن يكون تحديـد ماهية هذا الأخير بناءً على تدرج المعايير بدءاً بالمعيار العضوي والذي يعني النظر إلى الجهة التي أنشـئت المؤسسـة فان كانت جهة خاصة هي التي أنشـأتها، فإنه في هذه الحالة تكون المؤسسـة قولاً واحداً مؤسسة خاصة دون النظر إلى الغايات التي تقوم عليها، وإن كانت الجهة التي أنشـأتها جهة عامة فإنه في هذه الحالة ينظر إلى النصوص القانونية التي أنشـأتها فـاذا نصت صراحة على اعتبارها عامة أو خاصـة فأيضاً يحترم النص القانوني في هـذه الحالة، وإن لم يكن هناك نـص فحينئذ يتم البحث من خلال النظام عن خصائص الشـخص المعنوي العام مثل مدى تمتع هذه المؤسسـة بامتيازات السـلطة العامة، مصادر التمويل التي تقوم عليها المؤسسـة، الغاية التي تهدف إليها، وهذه الخصائص تتغير قوتها وضعفها بانفرادها واجتماعها، فلا يمكن مثلاً الاعتماد على امتيازات السلطة العامة وحدها لأن هناك مؤسسات خاصة منحتها الدولة امتيازات معينة لمقتضيات معينة، وهكذا فإنه في كل حالة يراعى إعمال خصائص الشخصية العامة ومدى قوتها وضعفها في استخلاص طبيعة المؤسسة كونها عامة أم خاصة.

وعليه يمكن تعريف الجهة الإدارية بأنها هي تلك المنظمة أو الهيئة التابعة للدولة وهو مـا قـضى به الديوان في أحد أحكامـه حيث قال: «قد عرف المرفق العـام بأنه المنظمة أو الهيئة التي تمارس نشاطاً عاماً وتكون تابعة للدولة وتمارس نشاطات تخدم المصلحة العامة وتشبع حاجات عامة»[١٠٣].

الأصل هو أن تبعية المنظمة للدولة هي التي تجعلها منظمة عامة وتتبدى تلك التبعية إدارياً ومالياً، كلاهما أو أحدهما يكون كافياً لتحقيق تلك التبعية، فان انعدم كلاهما لم تعد هناك أي تبعية للدولة وبه تنتفي في هذه الحالة صفة الشخص المعنوي العام، ويتم البحث عن هذه التبعية - إن لم يكن هناك نص صريح لاعتبارها شخصاً معنوياً عاماً، أو نصاً صريحاً لاستبعادها من عداد الاشخاص المعنوية العامة- من خلال المعايير التي تمت الإشارة إليها.

(١٠٣) راجـع حكم المحكمة الإداريـة رقم ٥١/د/إ/١/١ لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقـم ١/٥٧٧٥/ق لعام ١٤٢٧هـ المؤيد من محكمة الاسـتئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٢٧٠ لعام ١٤٣٣هـ في قضية الاستئناف رقم ١٠٨٤/ق لعام ١٤٣٢ هـ (حكم غير منشور)

وإذا كان ذلك ما استقر عليه الديوان في تحديد معيار اختصاصه وهو أن يكون أحد أطــراف الدعوى جهة إدارية فإن حكماً للديوان قد اتجه إلى أن تحديد الاختصاص شيء وتحديــد ماهية العقد شيء آخر فــإذا كانت المنازعة العقدية أيــاً كانت طبيعة العقد مقبولــة وفقاً للنظام فإن تحديد النصــوص والمبادئ المتعلقة بالعقد الإداري على العقد تخضع لتكييف العقد وكونه إدارياً أم لا حيث قضى بأنه: «حيث إن المدعي يهدف من إقامــة دعواه إلى الحكم بإلزام المدعى عليها إخلاء عقاره المؤجر على المدعى عليها، فإن الدعوى الماثلة عقد الإدارة طرف فيه، ومن ثم فهي من اختصاص المحاكم الإدارية ولائياً، ومــن حيث الموضوع، وبما أن المدعــى عليها زادت عن المدة المحــددة في العقد قرابة ســنتين وعشرة أشهر وتستخدم ملك المدعي بغير مسوغ مشروع..ما يكشف بجلاء عدم احترامها لشروط العقد، ولا ينال من ذلك ما قد يثار من أن جهات الإدارة تملك ســلطة اســتثنائية تخولها حقوقاً وامتيازات ليست لسواها من الأفراد في مجال العقود الخاصة إزاء المتعاقديــن معها، ذلك أن العقد الماثل من العقود الخاصة وإن كانت الإدارة طرفاً فيــه، ولا ينال من ذلك ما قــد يرد من أن العقد يتجدد تلقائياً دون موافقة المؤجر وأنه تسري عليه أحكام اســتئجار الدولة للعقار وإخلائه الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٦١ في ١٤٢٧/٩/١٨ هــ فإنه بالنظر إلى اللائحــة التنفيذية لهذا النظام الصادرة بالقرار الوزاري رقــم (١١٢٩) في ١٤٢٩/٤/١٧هــ وإلى نص المادة (١١) التــي جاءت لتبين الشروط التي يجــوز لجهة الإدارة تجديــد العقد دون موافقة المؤجر بأنه: (يجوز للجهة المســتأجرة تمديد العقد دون موافقة المؤجر بالشروط التالية: أن ينص في العقد على حق الجهة في التمديد دون موافقة المؤجر.. وإذا تجاوزت الأجرة وفقاً للفقرة السابقة صلاحية الجهة المنصوص عليها في المادة (١٥) من النظام فيكون التمديد بالاتفاق مع وزارة المالية وبما أن العقــد المبرم بين الطرفين لم ينص عــلى أي شرط من هذه الشروط فإنه لا محل لهذا الإيراد» [١٠٤].

وفي هذا الحكم فإن القضاء قد فرق بين اختصاصه بنظر الدعوى وتطبيق النظام عليها، فهو وإن كان قد أقر باختصاصه ولائياً طبقاً لنظام الديوان، فانه حين تطبيق النصوص على

(١٠٤) راجــع حكم المحكمة الإدارية رقم ١٠/٢/٥٥ لعام ١٤٣٢هــ في القضية رقم ١٠/٤١٦/ق لعام ١٤٣٢هـ المؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ٣/٤ لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم ٥٣٩/ق لعام ١٤٣٢هـ (حكم غير منشور).

المنازعة اعتبرها عقدا من العقود الخاصة وإن كانت قد أبرمتها الإدارة وإن كان قد شـملها اختصاصه الولائي.

غـير أن حكماً آخر جعل اختصـاص الديوان متعلقاً بنظر العقـود بصفتها الإدارية وفي ذلك قضى بأنه « وبما أن النظر في الاختصاص الولائي لهذه المحكمة يعد من المسائل الأولية التـي يجب عـلى الدائرة بحثها قبل الولوج في موضوع الدعـوى باعتبار أن الاختصاص من النظام العام الذي يتعين مراعاته وبحثه ولو لم يثر دفع بشـأنه من قبل طرفي الدعوى، كما أن للمحكمـة التصدي لـه في أي مرحلة كانت عليها الدعوى...وبمـا أن نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسـوم الملكي م/٧٨ وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩ هـ حـدد اختصاصات المحاكم الإدارية بالنظـر في دعاوى محددة، وبشـأن العقود حددت المـادة (١٣/د) من النظام ذاته على أن تختـص المحاكم الإداريـة بالفصل في الآتي: د- (الدعاوى المتعلقة بالعقود التي تكون جهة الإدارة طرفـاً فيها) فمنطـوق المادة صريح بأن يكون أحد طـرفي العقد جهة إدارية حتي يضفـي على العقـد صفة العقـد الإداري، وإلا بقى الأصل في الاختصـاص للمحاكم العامة باعتبـار أن لها الولاية العامة على جميع المنازعات، وعليه فـإذا كان العقد إدارياً اختصت بنظر المنازعات الناشـئة عنه هذه المحكمة وإلا فـلا، وبالنظر إلى العقد محل النزاع ومدة اعتباره عقداً إدارياً من عدمه، فإن ما يميز العقد الإداري عن غيره من العقود هو قيامه على ثلاث ركائز أساسـية هي: وجود الإدارة طرفاً في العقد، واتصاله بمرفق عام، وأن تسـتخدم جهة الإدارة – المتعاقدة- أسـاليب السلطة العامة فيه، وهذه عناصر تكاملية لإضفاء صفة العقد الإداري عليه، ولذا عرف شراح النظام العقد الإداري بأنه «العقد الذي يبرمه شـخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية جهة الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام» وهذا مبدأ مستقر في القضاء الإداري فمناط العقد الإداري إلى جانب وجود الإدارة طرفاً فيه اتصاله بنشـاط مرفق عام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه، وتحقيق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة، وبالتالي فأي نشاط تقوم الجهة المتعاقدة ويشـبع حاجات عامة، ويؤدي إلى تحقيق منافع عامة فإنه يصح أن يطلق على تلك الجهة المتعاقدة اسـم المرفق العام ويكون ما تبرمه من عقود لإشباع هذه الحاجات حينئذ عقود إداريـة وهي نتيجة مهمة في معرفة القضاء المختـص وتحديد النظام لازم التطبيق، كما أن العقد الإداري يتميز عن غيره من العقود بإجراءات معينة تسبق إبرامه من حيث تكييفه،

ومن حيث الإجراءات النظامية التي تسبق انعقاده وبالنظر في طبيعة العقد محل الدعوى ومـدى كـون الجهة المتعاقدة جهة إدارية من عدمه وهل هي مرفق عام أم لا ؟ فقد عرف المرفـق العام بأنه المنظمة أو الهيئة التي تمارس نشـاطاً عامـاً وتكون تابعة للدولة وتمارس نشـاطات تخدم المصلحة العامة وتشبع حاجات عامة ... ومما يميز جهة الإدارة عن غيرها هو في النشـاط الذي يصدر عنها ويؤدي إلى إشـباع حاجات عامـة وخدمة مرفق عام فإذا كان الأمر كذلك اعتبرت شـخصاً معنوياً عامـاً يصدق عليه أنه جهة إدارية ويكون ما يبرمه مـن عقود هي عقود إدارية، بالإضافة إلى ذلك أن العقد لم يكن لخدمة مرفق عام ولم يكن من شخص معنوي عام، والحكم إنما يكون على معاني الأشياء وحقيقتها وليس على ظاهرها ومسـمياتها وبناءً على ما تقدم فـإن العقد محل النزاع ليس عقـداً إدارياً وبالتالي تنحسر ولاية المحاكم الإدارية عن نظره وفق ما سـلف بيانه وعليه حكمت الدائرة بعدم اختصاص المحاكم الإدارية ولائياً بنظر الدعوى..»[١٠٥].

وتعليقـاً عـلى هذا الحكم فإنه قد حمل النص النظامي مـا لا يحتمل، فالنص قد وضع شرطـا لإعمال اختصاصه الولائي وهو أن تكـون الجهة إدارية، غير أن الحكم قد أضاف وأن يكون متصلاً بمرفق عام وأن تستخدم فيه الجهة الإدارية المتعاقدة أساليب السلطة العامة، وهـذا لا يتـماشى مع كون الاختصاص مـن النظام العام الذي لا يجـوز تعديله أو تجاوزه، فـكل ذلك يعد باطلاً لا يعتد به، فتحديد الولاية مـن عمل المنظم وليس من عمل القضاء ما دام النص صريحاً في ذلك، كما أن الحكم قد ناقض نفسـه حينما قرر بأن منطوق المادة صريح بأن يكون أحد طرفي العقد جهة إدارية حتى يضفي على العقد صفة العقد الإداري، فـإن كان هذا حكمه فليس هناك من داع لأن يكون العقد متصلاً بمرفق عام وأن يكون قد استخدم فيه وسائل القانون العام ما دام وجود الجهة كافياً لاعتباره عقد إدارياً.

هـذا وقد كان الحكم يسـتطيع دون كل هذا العناء أن يحـدد اختصاصه وفقاً للشرط الـذي حدده النظام من خلال تحديد صفة الجهة، فحال كونها ليسـت جهة إدارية يصبح

---

(١٠٥) راجـع حكم المحكمـة الإدارية رقم ٥١/د/إ/١/١ لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم ١٤٣٣هـ في قضية الاسـتئناف رقم ١٠٨٤/ق لعـام ١٤٣٢ هـ (حكم غير منشـور) وراجع أيضاً -لذات الدائرة - الحكم رقـم ١/١/٢١٥ لعام ١٤٣٢هـ في القضية رقم ١/٩٦١/ق لعام ١٤٣٢ هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية - ذات الدائرة- بالحكم رقم ٤/٢٨١ لعام ١٤٣٣هـ في قضية الاستئناف رقم ٢/٢٢٥٤/ق لعام ١٤٣٣هـ (حكم غير منشور)

الديــوان غــير مختص بنظرها دون الحاجة إلى تناول ماهيــة العقد الإداري، ولقد كان ذلك مقبولاً نظرياً لو كانت الجهة إدارية ومن ثم يحاول الحكم التوصل إلى ماهية العقد لتحديد الاختصاص. وهو غير مقبول عملياً في ظل نظام الديوان.

غير أنه يحمد للحكم اجتهاده في تعريف العقد الإداري وكذا اجتهاده في تعريف الجهة الإدارية.

وقبل أن نساهم فقهياً في هذا الموضوع فإنه ينبغي إثبات ملاحظة مهمة تتعلق بتغاير ألفاظ النص السابق عن النص الحالي، من حيث توصيف الطرف العام، فالنظام السابق قد وصفه بالحكومة أو أحد أشخاص القانون العام، والنظام الحالي قد وصفه بجهة الإدارة، فهل من دلالة لهذا التغاير؟

وحتى نتبين مدى وجود دلالة لهذا التغاير من عدمه علينا تحديد المصطلحات التي ورد بها النص قديمه وحديثه، وهي مصطلح الحكومة، والشــخص المعنوي العام، وجهة الإدارة، وإذ كان قد ســبق تعريف الشخص المعنوي العام، وجهة الإدارة، فيبقى مصطلح الحكومة وبيانها كما يلي:

تعني الحكومة في الأدبيات السياسية عدة معان [١٠٦] تتمثل فيما يلي:

- طريقة ممارســة الســلطة وممارســة الحكم، أي نظام الحكم في الدولة وكيفية ممارســة صاحب السيادة للسلطة العامة فيها فيقال حكومة ملكية، حكومة جمهورية...
- مجموعة الهيئات الحاكمة في الدولة، وهي بهذا تشــمل جميع الســلطات من تشريعية وتنفيذية وقضائية.
- الســلطة التنفيذية وحدها، باعتباره الســلطة التي تقوم بتنفيــذ القوانين وإدارة المرافق العامة وظهورها كمحرك فعلي لسياسة الدولة.
- الوزارة، فيقال إن الحكومة مسئولة أمام البرلمان.

(١٠٦) راجع د. محمد عبد العال السناري، النظرية العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية المعاصرة، ص ٥٤١، ٥٤٢، وراجع أيضا د. محمد فتوح عثمان، النظم السياســية والقانون الدســتوري، ص ٢١٣ وما بعدها، وراجع د. محمد جمال عثمان جبريل، النظم السياسية، ٢٠٠٥، ص ١٨٦.

على ذلك فإن مصطلح الحكومة أوسع من معنى جهة الادارة التي تقتصر في معناها على السلطة التنفيذية، وبالتالي فإن هذا المصطلح لن يستوعب الجهات القضائية والتنظيمية، حال قيامها بإبرام العقود، الأمر الذي يرتب أن العقود التي تبرمها تلك الجهات لن تكون خاضعة لولاية القضاء الإداري باعتبارها ليست جهات إدارية، وهذا يتنافى مع طبيعة ما تقوم به هذه الجهات في هذا الشأن فلا شك أن إبرام العقود يتعلق بالعملية الإدارية ولا علاقة له بالعملية القضائية أو التنظيمية، ولذلك كان التعبير الاصطلاحي في نظام الديوان ١٤٠٢هـ أدق وأشمل من الناحية القانونية وفقاً لتعريف معنى الحكومة والأشخاص العامة من النص الجديد.

ومساهمة برأي في مسألة ماهية العقد الإداري، فأعتقد أن توصيف العقد بأنه إداري هو مرتبط بالمصلحة العامة وهي التي منها تتفرع سلطات الإدارة، ومن ثم متى كانت المصلحة العامة قائمة كانت صفة العقد الإداري متحققة، والمصلحة العامة هي دائماً حاضرة ومتحققة في تصرفات الأشخاص المعنوية العامة، وبالتالي لا حاجة لتمييز العقد الإداري كونه متصلاً بنشاط المرفق تسييراً أو تنظيماً أو كونه يحتوي على شروط استثنائية أم لا؟ فالصفة المميزة للعقد الإداري هي تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة وهذه تتأتى مع كل تصرفات الإدارة فالشخص المعنوي العام يمثل دائماً المصلحة العامة والطرف الآخر يمثل مصلحة فردية خاصة، واختلاف هذه المصلحة هي التي تبرر وجود نظام قانوني يحكم العقود الإدارية مختلف تماماً عن النظام القانوني الذي يحكم قواعد القانون الخاص [١٠٧]، فالدولة لا تتعاقد كأي فرد عادي فهي لا تبحث عن تحقيق مصلحة فردية وانما تتعاقد من أجل المجموع من اجل الشعب من أجل المنتفعين بالمرافق العامة من أجل المصلحة العامة [١٠٨].

---

(١٠٧) راجع د. جمال عباس عثمان، النظرية العامة، مرجع سابق، ص ٢٠.

(١٠٨) V. Corneille،concl. Sur CE. Fev.1949 Gaz de Poissy.P.124, R.D.P1919, p.246.

راجع د.جمال عباس عثمان، النظرية العامة، مرجع سابق، ص٣٧.

فتعاقد الشـخص المعنوي العام لا يكون أبداً لحسـابه الخاص وإنما يكون دائماً لتحقيق المصلحـة العامة، وفي هـذا قد أفتت الجمعية العمومية لقسـمي الفتـوى والتشريع [(١٠٩)] الصـادرة في ١٩٥٦/١٠/٢٣ أشـارت إلى أن العقود الإدارية تختلـف في طبيعتها عن العقود المدنية ذلك لأنها تعقد بين شخص من أشخاص القانون العام وشخص من أشخاص القانون الخـاص بقصد تحقيق مصالح عامة ومركز المتعاقدين فيها « العقود الإدارية» غير متكافئ إذ يجـب أن يراعى فيها تغليب الصالح العام عـلى الصالح الخاص، وهذا الهدف يجب أن يسود شروط العقد وعلاقة المتعاقدين عند تطبيقه وتفسيره»[(١١٠)].

وبالتالي يكون منطقياً أن تتسـم العقود بالطابع الإداري حال إبرامها من شخص معنوي عام، دون التوقف على كونه يتعلق بتسيير المرفق أو تنظيمه أو تشغيله أو كون المساهمة في المرفـق مبـاشرة أو غير مباشرة، دائمة أم مؤقتة وغير ذلك مـن الاجتهادات المصطنعة في هذا المجال، أو كونه يتضمن شروطاً اسـتثنائية أم لا، الأمر الذي يجنبنا كل هذا الاضطراب وتصبـح كل العقود التي تبرمهـا الإدارة من اختصاص القضـاء الإداري وحده دون التمييز بكونها عقوداً ادارية أو عقوداً خاصة.

وفي هذا الاتجاه أشار الأستاذ Lamarque تعليقاً على ما ذكره المفوض Romieu الذي ربـط بين الإدارة العامة والخاصة وبين تمييز العقود التي تبرمها الإدارة، فقال بأن الربط بين فكـرة الفائدة الخاصـة للإدارة وتطبيق قواعد القانون الخـاص لا يتفق مع الحقيقة حيث لا توجـد فائدة خاصة أو منفعة خاصة للإدارة، فـالإدارة الخاصة أو الدومين الخاص يكون مبعثهـا المنفعة العامـة [(١١١)]، ويؤيد الفقيه Auby تلك الفكرة ويلاحـظ أن نظام الدومين الخاص يحوي ركائز نظام الدومين العام، والحقيقة أنه لا يوجد مركز قانوني مسـتقل، لكل من الدومين العام والدومين الخاص[(١١٢)].

(١٠٩) الجمعية العمومية لقسـمي الفتوى والتشريع: أينما وردت فهي تشـير الى أحد تشكيلات القضاء الإداري المصري (مجلس الدولة).

(١١٠) مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسـمي الفتوى والتشريع، مجموعة سـمير أبو شـادي ١٩٦٤، ص ٧٥١، راجع د. جمال عباس عثمان، النظرية العامة، مرجع سابق، ص ٢١.

(١١١) راجع د. جمال عباس عثمان، النظرية العامة، مرجع سابق، ص ٣٧.

(١١٢) راجع د. جمال عباس عثمان، النظرية العامة، مرجع سابق، ص ٣٧.

ويعود الأستاذ Lamarque ليؤكد أن حكمة التمييز بين نوعي العقود لا تستند إلى المنطق القانوني البحت وإنما توجد أساساً في السياسة القضائية التي تهيمن على توزيع الاختصاص بين المحاكم القضائية والمحاكم الإدارية وإلى رغبة مجلس الدولة في إزاحة العبء الثقيل عن كاهله وتوزيع جزء منه إلى المحاكم القضائية، وخلص إلى تبني وجهة النظر التي تقوم على توحيد الاختصاص في مجال عقود الإدارة وأن يختص القضاء الإداري وحده بالعقود التي تبرمها الإدارة تجنباً للصعوبات التي يثيرها التمييز بين تلك العقود والتي لم يفلح القضاء في علاجها؛ لذا فإن وحدة الاختصاص القضائي للعقود التي تبرمها الإدارة هو الذي يتفق مع المنطق القانوني(١١٣).

لذلك أعتقد أن العقد الإداري هو كل عقد تبرمه الإدارة، وعليه يكون القضاء الإداري هو صاحب الاختصاص الوحيد في نظر العقود التي تبرمها الإدارة دون النظر إلى التفرقة المصطنعة في هذا الشأن وهو ما يأخذ به النظام السعودي كما مرت الإشارة واستقر عليه قضاؤه بشكل عام.

ثانياً: أركان العقد الإداري:

جاء في لسان العرب بأن « العقد: نقيض الحل ....والعقد: العهد، والجمع عقود، وهي أوكد العهود. ويقال: عهدت إلى فلان في كذا وكذا، وتأويله ألزمته ذلك، فإذا قلت: عاقدته أو عقدت عليه فتأويله أنك ألزمته ذلك باستيثاق. والمعاقدة: المعاهدة. وعاقده: عاهده. وتعاقد القوم: تعاهدوا. وقوله تعالى: يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود قيل: هي العهود، وقيل: هي الفرائض التي ألزموها ; قال الزجاج: أوفوا بالعقود خاطب الله المؤمنين بالوفاء بالعقود التي عقدها الله تعالى عليهم، والعقود التي يعقدها بعضهم على بعض على ما يوجبه الدين»(١١٤).

ويعرف العقد اصطلاحاً بأنه: توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني سواءً كان هذا الأثر إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه أو هو ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر يرتبه القانون(١١٥).

---

(١١٣) راجع بتصرف راجع د. جمال عباس عثمان، النظرية العامة، مرجع سابق، ص ٣٨، ٣٩.

(١١٤) راجع العلامة جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت،٢٠٠٣، ج ١٠، ص ٢٢٢.

(١١٥) د. عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد، دار النهضة العربية، ١٩٧٤، ص ٥١، ود. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد،١٩٨٤، ص ٣٣.

والعقــد الإداري لا يختلــف في تعريفه عــن ذلك فقد عرفه ديــوان المظالم بأنه «ارتبــاط إيجاب بقبول يوجب أثره في محله، وقد انعقــد الاتفاق فقهاً وقضاءً على أن العقــد لا يوجد إلا إذا وجد العاقدان والإيجــاب والقبول والمحل (المتفق عليه) وفي شأن هذه الدعوى يســفر وعاؤها أن المدعية قد أعلنت إيجابها للقيام بالعقد، والــذي محلــه ترميم جامع عمــر بن الخطــاب - رضي الله عنــه - في ... وقد كان عرضها الأقل، وقد أحيطت علماً بذلك، إلا أنه طلب منها التريث لحين موافقة وزير الشــئون الإســلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد على ترســية العقد ومن ثم لم يلاق إيجاب المدعية قبولاً ينتج أثره، وقد اســتقر القضاء الإداري على أن خطاب الترســية هــو المظهر لركــن القبول المتمم لقيــام العقد الإداري وقد خلــت واقعات العلاقة بين الطرفين من تقديم خطاب الترســية؛ ومن ثــم فلا وجود حينئذ لعقد إداري بين الطرفين يرتب التزاماً شرعاً ونظاماً» [١١٦].

وقضى أيضاً بأن «العقد هو ارتباط إيجاب وقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله فإنــه من قبيل الارتباط الاعتباري بين شــخصين نتيجة لاتفاق إرادتيهــما، وهاتان الإرادتان خفيتــان وطريق إظهارهما هو التعبير المعرب عنهما وهو بيان يدل عليهما بصورة متقابلة بين المتعاقدين يسمى إيجاباً وقبولاً ومتى حصلا بشرائطهما يصبح كل منهما ملزماً بالحقوق التي التزامها بموجب عقده تجاه الطرف الأخر وعلى هذا المقتضى فهو عمل مشــترك يقوم على التراضي ويربط جانبين من الأشخاص بأحكامه الشرعية وهي الحقوق والالتزامات التي ينشئها العقد في موضوعه»[١١٧].

وقــضى الديوان أيضاً بأن «المتقــرر فقهاً وقضاءً أن العقد ينعقــد بتلاقي الإيجاب والقبول مع ســلامة إرادة المتعاقدين فيكون منتجاً لآثــاره بإلزام طرفيه ما اتفقا عليه

---

(١١٦) راجــع حكم المحكمــة الإدارية رقم ١/١/١٣٦ لعــام ١٤٣٢ هـ في القضية رقم ١/٧٧١/ق لعــام ١٤٣١، المؤيد من محكمة الاســتئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٨٦١ لعام ١٤٣٣هـ في قضية الاســتئناف رقم ٦٧٨٧/ق لعام ١٤٣٢ هـ (حكم غير منشور).

(١١٧) راجــع حكم المحكمة الإدارية رقم ١٠/٢/٥٥ لعام ١٤٣٢ هـ في القضية رقم ١٠/٤١٦/ق لعام ١٤٣٢ هـ المؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ٣/٤ لعام ١٤٣٣ هـ في القضية رقم ٥٣٩/ق لعام ١٤٣٢ هـ (حكم غير منشور).

بمجـرد انعقاده صحيحاً سـالماً مـن العيوب ويكـون ملزماً بطريقة لا غـش فيها ولا تدليس»[١١٨].

وفي هذا قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه «ومن حيث إنه من المستقر عليه أن أركان العقد سـواءً كان مدنياً أو إدارياً تنحصر في التراضي والمحل والسـبب، ويكفي لوجود العقد تبادل الطرفين التعبير عن إرادتين متطابقتين، وذلك خلال المدة المحددة للقبول، إذا لم يوجد مـا يدل عـلى أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بـين الإيجاب والقبول، فالتراضي وهـو تطابق بين الإرادتـين يعني أن يكون القبول مطابقا للإيجاب مطابقة تامة، وأن يكون متفقاً مع الموجب في جميع المسائل التي تناولها الإيجاب فلا يتم العقد ما لم يتفق الطرفان على كل المسائل التي تفاوضا فيها بشأن هذا العقد، أما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفـي لالتزام الطرفين، حتى لو أثبت هذا الاتفاق في ورقة مكتوبة، وعلى ذلك إذا كان غير مطابق لها اختلف عنه زيادة أو نقصاً أو تعديلاً فإن العقد لا يتم، ويعد هذا القبول رفضا يتضمن إيجاباً جديداً وفقا لحكم المادة (٦٩) من القانون المدني.

ومن حيث إنه جهة أخرى فإنه يجب التمييز في التراضي - كركن من أركان العقد - وبين وجود التعبير عن الإرادة وجوداً فعلياً ووجوداً قانونيا - فالتعبير يكون له وجود فعلى بمجرد صدوره من صاحبه ولكن لا يكون له وجود قانوني إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه والعبرة في التعبـير بوجوده القانوني، لان هذا الوجـود هو الذي تترتب عليه الآثار القانونية للتعبير عـن الإرادة، ويتعين إبلاغ القبول لصاحـب العطاء خلال المدة التي يكون إيجابه فيها قائماً حسـبما تحدده شروط المناقصة ومن ثم فإن العقد يعتبر منعقداً باتصال القبول بعلم من وجه إليه أما إذا وصل الإخطار بقبول العطاء بعد سقوط الإيجاب، فإنه لا ينتج أثره القانوني إذ يتحلل الموجب من إيجابه بفوات الميعاد المتفق عليه إلا أنه يجوز للموجب بالرغم من ذلك قبول الإيجاب المتأخر وعندئذ ينعقد العقد، ومن حيث إن قضاء هذه المحكمة جرى

(١١٨) راجـع حكـم المحكمة الإدارية رقم ١١٤/د/إ/٥ لعام ١٤٣١هـ في القضية رقم ١/٨١٧/ق لعام ١٤٢٧ هـ المؤيد من محكمة الاستئناف رقم ٩٠/إس/٤ لعام ١٤٣٢هـ في قضية الاستئناف رقم ٣٦١/ق لعام ١٤٣٢ هـ مجموعة الأحكام لعـام ١٤٣٢هـ ج٤، ص ١٣٨٩هـ. وراجع أيضا الحكم رقـم ٣١/د/إ/٣٤ لعام ١٤٣٠هـ في القضية رقم ٧/١٣٥٢/ق لعام ١٤٢٩ هـ المؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ٢٠٧/إس/١ لعام ١٤٣٠هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٣٠، ج ٤، ص ٢٤٣١.، وأيضا الحكم رقم ٤١/د/ف/٧ لعام ١٤٣٠هـ في القضية رقم ١/٣١١٣/ق لعام ١٤٢٤هـ المؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ٢٤٨/إس/١ لعام ١٤٣٠هـ ذات المجموعة، ج٤، ص ٢٣٨٧.

على أن الإعلان عن إجراء مناقصة أو مزايدة أو ممارســة لتوريد أو لبيع بعض الأصناف عن طريق التقدم بعطاء ليس إلا دعوة للتعاقد وأن التقدم بالعطاء وفقا للمواصفات والشروط المعلنــة هو الإيجاب الذي ينبغي عنده قبول الإدارة المطابق له لينعقد العقد وهذا القبول بوصفه تعبيرا عن الإرادة لا يتحقق وجوده القانوني إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه»[١١٩].

وفي ضــوء هــذا وإن كان العقــد الإداري لا يختلف عن العقد المــدني في كونهما اتفاق إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني ســواءً كان هذا الأثر إنشــاء التــزام أو نقله أو تعديله أو إنهــاؤه، فــإن لا يمكن في نفس الوقت انــكار اختلاف طبيعة كل منهما فالإدارة لا تســتوي مــع الأفــراد في التعبير عن إرادتها أياً كان نوع العقود التــي تبرمها الجهة الإدارية ذلك أنها تلتزم في هذا السبيل بإجراءات وشروط رسمها النظام لتحقيق غاية تحقيق المصلحة العامة التي هي مرام إبرام العقود الإدارية [١٢٠]، وعلى ذلك فإن العقود الإدارية وإن اســتوت مع العقود المدنية في تحديد الأركان بشــكل عام فإنها تختلف في مضامين هذه الأركان. وعلى هذا الأساس فإنه يمكن تحديد أركان العقد الإداري في الرضا والمحل والسبب وذلك في ضوء طبيعة العقد الإداري.

أولاً: الرضا[١٢١]:

الرضــا ينتج من توافق إرادتي المتعاقدين على إحداث أثر قانوني وهو الأثر المقصود من إبرام العقد، ويعد الرضا ركناً أساسياً لقيام العقد فبدونه لا يوجد مجال للحديث عن العقد، ولأن الرضــا هو تعبير عن الإرادة، وهذه الإرادة حتى تنال الاعتبار القانوني فإنها تحتاج إلى الخروج من مكمنها متمثلة في مظهر ملموس بوســيلة من وســائل التعبير لفظاً أو كتابة أو غير ذلك من الوسائل المعتبرة نظاماً صراحة أو ضمناً.

ولأن العقــد هو توافق إرادتــين، فإن هاتين الإرادتين تمثل أحداهــما الإيجاب والأخرى القبول وذلك لإحداث أثر قانوني، وفي هذا الشأن قضى الديوان «.. هاتان الإرادتان خفيتان وطريــق إظهارهما هــو التعبير المعرب عنهما وهــو بيان يدل عليهما بصــورة متقابلة بين المتعاقدين يســمى إيجاباً وقبولاً ومتى حصلا بشرائطهــما يصبح كل منهما ملزماً بالحقوق

(١١٩) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٤٨٠ لسنة ٤٦ بجلسة ٢٠٠٥/٢/١، المجموعة ١/٥٠، ص ٥١٥.

(١٢٠) راجع بتصرف حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسة ١٩٧٥/٤/٥، المجموعة، ١/٢٠، ص ١١٩.

(١٢١) راجع د. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٨٨ وما بعدها. ود. عبد المنعم فرج الصده،مرجع سابق، ص ٩٠ وما بعدها.

التي التزامها بموجب عقده تجاه الطرف الآخر وعلى هذا المقتضى فهو عمل مشــترك يقوم على التراضي ويربط جانبين من الأشخاص بأحكامه الشرعية وهي الحقوق والالتزامات التي ينشئها العقد في موضوعه»[١٢٢].

وقضى الديوان أيضاً بان العقد « ارتباط القبول بالإيجاب على وجه يظهر أثره في المعقود عليه، فالشــارع جعل الصيغة وهي الإيجاب والقبول علامة عــلى الرضا وقرينة على توجه إرادة المتعاقدين لإنشاء العقد ومن ثم ترتب آثاره عليه»[١٢٣].

وعليه فإن الرضا كركن من أركان العقد يشــترط لوجوده أن يكون هناك إيجاب وقبول، ويشترط لصحة الرضا أن يكون خالياً من عيوب الإرادة، ويتحدد الإيجاب والقبول في العقود الإدارية، بكون الإيجاب هو العرض الذي يتقدم به شــخص معين إلى آخر بالنسبة إلى إبرام عقد ما بغية الحصول على قبوله إياه وبالتالي فإن الإيجاب هو ما يتضمن عرضاً من شخص إلى أخر متضمناً على الأقل طبيعة العقد المراد إبرامه في أركانه الأساسية[١٢٤].

وبذلــك يفترق الإيجــاب عن الدعوة للتعاقــد التي توجه إلى أشــخاص عديدين أو إلى جمهور الناس وذلك لأنها لا تتضمن العزم النهائي على إبرام العقد بمجرد صدور القبول ممن وجه إليه لأن شــخصية المتعاقد محل اعتبار شخصي بحيث يكون لصاحب العرض أن يتخير من يريده كان يعلن شخص عن حاجته إلى سكرتير خاص فمثل هذا الإعلان لا ينطوي على إيجــاب بإبرام عقد العمل بل على مجرد دعوة للتعاقد حتــى لو تضمن الأركان والشروط الجوهرية المراد إبرام العقد على أساســها كما إذ ذكر في الإعلان المؤهلات المطلوبة والأجر والمدة والســبب في عدم اعتبار العرض هنا إيجابا هو أن صاحب الإعلان لا يقصد بالضرورة أن يتعاقد مع كل من يتقدم إليه بل هو بالإعلان الذي أجراه يدعو الناس للتقدم إليه ليتخير من بينهم من يشاء[١٢٥].

---

(١٢٢) راجــع حكم المحكمة الإدارية رقم ١٠/٢/٥٥ لعام ١٤٣٢ هـ في القضية رقم ١٠/٤١٦/ق لعام ١٤٣٢ هـ المؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ٣/٤ لعام ١٤٣٣ هـ في القضية رقم ٥٣٩/ق لعام ١٤٣٢ هـ (حكم غير منشور).

(١٢٣) راجــع حكم المحكمة الإدارية رقم ٢١٨/د/إ/٣/٢ لعــام ١٤٣٥هـ في القضية رقم ٣/٣٦٨٣/ق لعام ١٤٣٥هـ المؤيد بحكم محكمة الاستئناف الإدارية في الدعوى رقم ٤٢٤/ق لعام ١٤٣٦هـ (حكم غير منشور).

(١٢٤) راجع د. د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد، ١٩٨٤، ص١٢٠.

(١٢٥) - راجع د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد، ١٩٨٤، ص١٢٤، ١٢٥.

إذن فالإيجاب يعني العرض الذي يتقدم به أحد المتعاقدين منطوياً على رغبته النهائية في إتمام العقد متضمناً العناصر الأساسية للتعاقد ويصبح هذا الإيجاب ملزماً لمن صدر منه إذا تحدد ذلك بمدة معينة من قبل الموجب للموجب له لكي يبدي رأيه في إيجابه ففي هذه الحالة يكون الإيجاب ملزماً لصاحبه طوال هذا الميعاد، وإلا فإنه يستطيع التحلل منه ما لم يصادف قبولاً من الطرف الآخر(١٢٦).

هذا ويسـقط الإيجاب حال رفض الموجب له الإيجاب وفي هذه الحالة يسـقط الإيجاب في جميع حالاته أي سواءً كان ملزماً أم غير ملزم ولهذا الرفض صور مختلفة فقد يكون رفضاً مجرداً وقـد يكون قبولاً اقـترن بما يزيد أو ينقص أو يعدل من الإيجاب، وفي هـذه الحالة يعد إيجاباً جديداً يحتاج إلى قبول، وقد يسقط الإيجاب بانتهاء المدة التي يكون فيها ملزماً، وأخيراً يسقط الإيجـاب بعدول الموجب عن إيجابـه في الحالات التي يكون فيها الإيجاب ملزماً، فإذا سـقط الإيجاب في أي من هذه الحالات وتأتى القبول فلا ينعقد العقد لان القبول لم يصادف إيجاباً(١٢٧).

أمـا القبول فيعني ارتضاء الإيجاب ممن وجه إليه بيـد أنه يلزم لاعتبار إرادة من وجه إليـه الإيجـاب متضمنة قبولاً إياه فيما ارتضته مطابقة له تماماً وذلك في كل المسـائل التي تناولهـا الإيجاب دون تفرقة في هذا الصدد بين المسـائل الجوهرية وما يعتبر من المسـائل التفصيلية الثانوية، فما دام الموجب قد عرض في إيجابه لأمور معينة حتى لو كان من بينها مـا هو ثانوي فان القبول لا يقع إلا إذا تنـاول الرضا هذه الأمور جميعها دون تفريق، فإذا وقع خلاف بين الإيجاب والقبول، فان ذلك لا يعد قبولاً بل يعد رفضاً للإيجاب ويعد بمثابة إيجاب جديد يحتاج إلى قبول، فأساس القبول هو مطابقته للإيجاب تمام المطابقة(١٢٨).

فالقبـول إذن هو التعبير البات عن إرادة الطرف الـذي وجه إليه الإيجاب فهو الإرادة الثانية في العقد الذي لا ينعقد العقد الا بها ويلزم مطابقتها مع الإيجاب من جهة وارتباطها بعلـم الموجب من جهة أخرى(١٢٩)، إذ لتحقق الرضا في عنـصري الإيجاب والقبول لا يكفي

---

(١٢٦) راجع د. عبد الفتاح عبد الباقي،مرجع سابق، ص ١٢٦ وما بعدها.

(١٢٧) راجع د. عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص ١٢٨، ١٢٩.

(١٢٨) راجع د. عبد الفتاح عبد الباقي،مرجع سابق، ص ١٤٠ وما بعدها.

(١٢٩) راجع د. عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص ١٢٩ وما بعدها.

التوافـق بين هاتـين الإرادتين بل لا بد من ارتبـاط أحدهما بالأخر، وهـذا لا يكون إلا إذا اتصـل القبول بعلـم الموجب، فالتعبير عن الإرادة لا ينتج أثـره إلا من الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، وذلك كون الإيجاب لم يسـقط، فإذا كان الإيجاب قد سقط لسبب أو لآخر عند صدور القبول أو قبل أن يصل إلى علم الموجب، أو اسـتعصى ان يتصل القبول بعلـم الموجب كحالـة وفاة الأخير أو فقدانه الأهلية فانه حينئذ لا يوجد ارتباط بين القبول والإيجاب ومن ثم لا ينعقد العقد(١٣٠).

فـإذا ارتبط الإيجـاب بالقبول وفقاً للـشروط القانونية انعقد العقـد والتزم كل طرف بالالتزامات وتمتع بالحقوق التي يرتبها العقد.

وفي العملية العقدية الإدارية فإن الإعلان عن المنافسة أو أية وسيلة تقوم بها الجهة الإدارية ما دام لا يقتضي أن تتعاقد مع كل من تقدم إليها وإنما سـتختار منهم من تشاء وفق الشروط النظاميـة المحددة فإنه يكون دعوة للتعاقد، ويكون بذلـك التقدم بالعطاء من المتنافس هو الإيجاب، ويكون الابلاغ بالترسـية هـو القبول وبه ينعقد العقد، وهوما اسـتقر عليه القضاء حيث قضى الديوان بأن «القواعد المستقرة ومن المقرر فقهاً وقضاءً أن الإعلان عن المنافسة هو دعوة للتفاوض وأن مجرد تقديم المقاول لعطائه لا ينشـئ بذاته أي رابطة تعاقدية بينه وبين جهة الإدارة إذ إن غاية ذلك العرض المقدم هو إيجاب وإنما تنشـأ تلك الرابطة بإبلاغ المقاول بالترسية، إن ذلك الإبلاغ هو المعول عليه بتلاقي الإيجاب والقبول وتمام العقد..»(١٣١).

وقـضى أيضاً بأن «العـرض في العقود الإداريـة يأخذ حكم الإيجاب في عقـد البيع، ثم صـدرت موافقة المدعى عليها بتعميد المدعية بالتوريد وهو ما يدل على القبول منها خلال المدة المحددة بإيجاب المدعي .. ما يدل على أن العقد بين الطرفين قد تم إبرامه واستكمل شروطه وأركانه»(١٣٢).

---

(١٣٠) راجع د. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص ١٤٠ وما بعدها.

(١٣١) راجـع حكم المحكمة الإدارية رقم ٣٩/د/إ/١ لعام ١٤٣١هــ في القضية رقم ١/٤٦١٧/ق لعام ١٤٢٨هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ١٨/إس/٤ لعام ١٤٣٢هـ في القضية رقم ٢٩٣١/ق لعام ١٤٣١هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٣٢هـ ص ٩٣١.

(١٣٢) راجع حكم الدائرة الإدارية رقم ١٠٦/د/إ/ ١١ لعام ١٤٢٦ هـ في القضية رقم ١/٣٤٦١/ق لعام ١٤٢٤هـ المؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم ٢٧٣/ت/١ لعام ١٤٢٧هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٢٧هـ ج٥، ص ٢٢٥٨.

وقـضى أيضاً بـأن «تلاقى الإيجاب والقبـول على محل العقد، فالإيجـاب هو التقدم بالعطاء والقبول هو إرساء المزاد على المدعي مقدم العطاء وهو هنا إيجاب ملزم لأن من يتقدم بعطاء أراد أن يتقيد به ولا يرجع عنه ويبقى مقيداً بعطائه إلى أن يسـقط بعطاء أزيـد منه، فالتقـدم بالعطاء من قبل المدعي يمثل الإيجاب في العقد وإرسـاء المزاد عليه يمثل القبول فيه»[١٣٣].

وقـضى الديـوان أيضاً بأنه « ولا ينال من ذلك كون العقـد وقع بتاريخ ١٤٢٤/٤/٢٥هـ وذكـر بالعقد أنه تـسري عليه أحكام دليل تأجـير العقارات البلديـة، وأن لائحة التصرف بالعقـارات البلدية تم العمل بها اعتباراً من تاريخ ١٤٢٤/٤/٤هـ إذ العبرة بتاريخ الترسـية على المدعية وليس بتاريخ توقيع العقد والمناقصة[١٣٤] والترسية تمت قبل تاريخ سريان لائحة التصرف بعقارات البلدية الجديدة»[١٣٥].

وقضـت المحكمة الإدارية العليا أنه « ومن حيث إن قضاء هذه المحكمة جرى على أن الإعلان عن إجراء مناقصة أو مزايدة أو ممارسـة لتوريد أو لبيع بعض الأصناف عن طريق التقدم بعطاء ليس إلا دعوة للتعاقد وأن التقدم بالعطاء وفقاً للمواصفات والشروط المعلنة هو الإيجاب الذي ينبغي عنده قبول الإدارة المطابق له لينعقد العقد وهذا القبول بوصفه تعبيراً عن الإرادة لا يتحقق وجوده القانوني إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه»[١٣٦].

ويبـدأ الإيجـاب أثـره النظامي ليس مـن تاريخ تقديـم العطاء وإنما يبـدأ من المدة المحـددة لسريان العـروض حيث نصت المـادة (١٢) من النظام عـلى أن «أ - تكون مدة سريان العروض في المنافسـات العامة تسعين يوماً من التاريخ المحدد لفتح المظاريف، فإن سحب مقدم العرض عرضه قبل انتهاء هذه المدة فلا يعاد له ضمانه الابتدائي.
ب - لا يجوز تمديد مدة سريان العرض والضمان الابتدائي إلا بموافقة مقدم العرض».

---

(١٣٣) راجـع حكم الدائـرة الإدارية رقم ٤٥/د/إ/ ١٥لعام ١٤٢٧هـ في القضية رقـم ٣/٤٧١/ق لعام ١٤٢٦هـ المؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم ٤٩١/ت/١ لعام ١٤٢٧هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٢٧هـ ج٥، ص ٢٥١٣.

(١٣٤) هكذا وردت في الحكم والصحيح (المزايدة).

(١٣٥) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ١٩٣/د/إ/١ لعام ١٤٣١هـ في القضية رقم ٣/٢٨٥/ق لعام ١٤٣٢هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٢٧٧ لعام ١٤٣٣هـ في قضية الاستئناف رقم ٢/١٢٩/ق لعام ١٤٣٢هـ (حكم غير منشور).

(١٣٦) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٤٨٠ لسنة ٤٦ بجلسة ٢٠٠٥/٢/١، المجموعة ١/٥٠، ص ٥١٥.

وعــلى ذلــك يكون الإيجاب ملزمــاً خلال مدة تســعين يوما من التاريــخ المحدد لفتح المظاريــف ولا يجــوز له الرجوع فيه، وإلا فانه ســيفقد ضمانه الابتدائي، أمــا قبل التاريخ المحدد لفتح المظاريف فانه إيجاب غير ملزم يجوز له فيه ســحب هذا الإيجاب وعلى ذلك نصت المادة (٢٣) من اللائحة على أنه" يجوز لصاحب العرض أن يسحب عرضه، قبل انتهاء المدة المحددة لتقديم العروض".

ويجــب أن يصــدر القبول خلال هذه المــدة التي يكون فيها الإيجاب قائماً وإلا ســقط الإيجاب، وجاء القبول دون أن يقابل إيجاباً مما لا ينعقد به العقد حيث نصت المادة (٤١) من اللائحة على أنه:

«أ- إذا لم تتمكن الجهة الحكومية من البت في الترسية خلال مدة سريان العروض، تشعر أصحاب العروض برغبتها تمديد مدة سريان عروضهم لمدة تسعين يوماً أخرى.
ب- عــلى مــن يوافق من أصحاب العروض عــلى التمديد، تمديد ضماناتهــم وإبلاغ الجهة الحكومية بذلك خلال أسبوعين من تاريخ الإشعار بطلب التمديد، ومن لم يتقدم خلال هذه المدة، يعد غير موافق على تمديد عرضه، ويعاد له ضمانه الابتدائي».

وعــلى ذلك إذا ســقط الإيجاب فلا يمكن أن تترتب عليه أي آثــار، وفي هذا قضى ديوان المظالم بأنه «لما كانت المادة الثانية عشرة من نظام المنافســات والمشتريات الحكومية تنص على أن:

أ- تكون مدة سريان العروض في المنافســات العامة تسعين يوماً من التاريخ المحدد لفتح المظاريف، فإن سحب مقدم العرض عرضه قبل انتهاء هذه المدة فلا يعاد له ضمانه الابتدائي.

ب- لا يجوز تمديد مدة سريان العرض والضمان الابتدائي إلا بموافقة مقدم العرض "فإن الدائرة في ســبيل اســتجلائها وتحققها من مراعاة المدعى عليها الإجراءات المقررة في المدة المشــار إليها تبــين أنها قامت بتمديد الضمان دون موافقة المدعية على ذلك، وأن الترســية تمــت بعد انقضاء المهلة المحــددة لسريان العرض، وكان الواجب على المدعى عليها وفقاً لما تقرره نصوص النظام أخذ موافقة صاحب العطاء على تمديد العرض ليتأتى لها المضي بالترسية وهــذا هو المتفق مع العدالة إذ لا يســوغ شرعاً أن يكون العطــاء معلقا أو يمتد العمل به لحين انتهاء المدعى عليها من إجراءاتها دون مدة محددة، لاســيما وأن المشــاريع الإنشائية

يعتريهــا ما يعتريها من مصاعب ومشــاكل كما أن المقاول يحــرم من الارتباط بعقود أخرى رجاء انتهاء إجراءات الترسية، وهذا لا يتفق مع قواعد العدالة، وبما أن المدعى عليها خالفت تلك القواعد لذا فلا صحة لما قامت به من مصادرة الضمان على المدعية ويستوجب القضاء بإعادة قيمته للمدعية.(١٣٧).

شروط صحة الرضا:

يلزم لصحة التراضي وهو الأساس الأول والركن الركين لقيام العقد أن يكون سليماً صحيحاً ولا يكون كذلك إلا إذا كان صادراً من شــخص ذي أهلية ومبرأ من عيوب الإرادة والمتمثلة في الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال (١٣٨) وبيان ذلك كما يلي:

١- الأهلية:

يقصد بالأهلية بوجه عام هي صلاحية الشــخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات ومبــاشرة التصرفات القانونية التي يكون من شــأنها أن ترتب لــه هذا الأمر أو ذاك، وعليه تنقســم الأهلية إلى نوعين أهلية وجوب وتعني صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات، وأهلية أداء وتعتني صلاحية الشخص أن يباشر بنفسه هذه التصرفات القانونية التي من شــأنها أن تكســبه الحقوق أو تحمله بالالتزامات على وجه يعتد به قانوناً، والذي يعنينــا في مجال التصرفات القانونية هو أهلية الأداء والتي تعني صلاحية الشــخص للقيام بالتصرفــات القانونيــة ومناط هذه الأهلية هي الإدراك أو التمييــز فهي تدور معه وجوداً وعدماً كمالاً ونقصاناً فإذا اكتمل الإدراك لدى شــخص تمتــع بأهلية أداء كاملة وإذا انعدم انعدمت، وإذا نقص نقصت(١٣٩).

هذا وإذا بلغ الإنســان الســن القانونية التي بها تكتمل أهلية الأداء لديه، يكون متمتعاً بكامل الإدراك وفي هذه الحالة يســتطيع مبــاشرة كافة التصرفات القانونية،

(١٣٧) راجــع حكــم المحكمة الإدارية رقم ٥٩/د/إ/٦ لعــام ١٤٣٣ هـ في القضية رقم ١/٣٨٠/ق لعــام ١٤٣٠، المؤيد من محكمة الاســتئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٣٠٧ لعام ١٤٣٣هـ في قضية الاســتئناف رقم ٣/٣٣٢٩ق لعام ١٤٣٣ هـ (حكم غير منشور).

(١٣٨) راجع د. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٢٤٣، ود. عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص ٢١٤.

(١٣٩) راجع د. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٢٤٤، ٢٤٩.

مــا لم يكن هناك عارض من عوارض الأهلية والتي من شــأنها أن تعدم هذه الأهلية أو تنقصهــا وتتنوع إلى عوارض تصيب الإنســان في عقله فتعدم إدراكه وتمييزه وهي الجنون والعته، وأخرى تلحق بالإنســان فتفسد تدبيره وهي السفه والغفلة، وأخرى وان كانــت لا تلحــق العقل ولا التدبير لكنها تعجز بالإنســان عن التعبير عما يريده وتتمثــل في العاهــات الجســمانية، وأخيراً العقوبــات التي تؤثر في أهلية الشــخص كعقوبة الجناية،فهذه كلها عوارض تصيب أهلية الأداء مما تجعل التصرفات القانونية باطلة[١٤٠].

وتطبيقــاً على العقود الإدارية فقد اعتد المنظم الســعودي بتوافر الأهلية في المتعاقد، وإذا كانت الأهلية في القانون الخاص تعني الصلاحية القانونية لمباشرة التصرفات القانونية فانــه يمكن أن يقابلها الاختصاص في القانــون العام فالاختصاص هو القدرة القانونية على مباشرة صلاحية ما، وفي هذا المعنى قضى ديوان المظالم بأن « قواعد الاختصاص بصفة عامة هي التي تحدد الأشــخاص الذين يملكون إبرام التصرفات والقاعدة أن تحديد الاختصاص هــو من عمل المنظم وعلى الموظــف أو الهيئة المنوط بها إصدار القــرار أن تلتزم حدود الاختصاص كما رسمها المنظم.. عيب الاختصاص في دعوى الإلغاء هو بمثابة فقدان الأهلية عــلى مباشرة عمل نظامي معين لأن المنظم جعله من ســلطة هيئة أو فرد آخر غير الذي بــه حين إصداره»[١٤١]. وبالتالي فلابد أن يكــون المتعاقد مع الإدارة كامل الأهلية، ويكون المتعاقد من الإدارة له الصلاحية في التعبير عن هذه الإرادة، وقد وضع المنظم الســعودي من القواعد ما يكفل أهلية المتعاقد حيث نصت المادة (١٣) من اللائحة على الأشــخاص الذين لا يجوز التعامل معهم «..- المسجونون بجرم أثناء اتخاذ إجراءات التعاقد.

٣- من تقضي الأنظمة بمنع التعامل معهم حتى يرد إليهم اعتبارهم.

٤- المفلســون، أو من طلبوا إشهار إفلاسهم، أو ثبت إعسارهم، أو صدر أمر بوضعهم تحت الحراسة.

(١٤٠) راجع د. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٢٦٨ وما بعدها.

(١٤١) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ١٣٨/د/إ/٣٣ لعام ١٤٣١هـ في القضية رقم ١١٦٣/٧/ق لعام ١٤٢٩هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ١٥٦/إس/١ لعام ١٤٣٢هـ في قضية الاستئناف رقم ٣٠٤٩/ق لعام ١٤٣١ هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٣٢، ج٥، ص ٣٣١.

٥- الشركات التي جرى حلها أو تصفيتها.

٦- من لم يبلغ من العمر ثمانية عشر عاما.

٧- ناقصو الأهلية.

٨- مـــن صدر قرار بمنع التعامل معهم من الجهات المخولــة بذلك نظاماً، أو بحكم قضائي، حتى تنتهي مدة المنع من التعامل».

وعليه فإنه لا يجوز التعامل مع هؤلاء الأشــخاص وإذا أبرم التعاقد معهم كان التعاقد باطلاً.

وإذا اســتخدم هؤلاء الأشــخاص طرقاً احتيالية لإخفاء هذه الأوضــاع فانه بالإضافة إلى بطلان التصرف فإنهم يتحملون التعويض عن الأضرار التي سببها البطلان.

هذا وعن أثر إبرام العقد من غير صاحب صلاحية فقد تباينت أحكام الديوان في مدى بطلان العقد في ذلك حيث قضى الديوان بأنه « لا تلحق التبعة في هذه الحالة إلا المعمد نفســه إذا كان قد افتأت على صلاحية غيره، وفي كل الحالات فإن المدعية تعاملت مع موظف مســئول داخل جهة الإدارة لا يســعها غــير التعامل معه وفق وضعــه الماثل، ولم يطلب النظام من المدعيــة التأكد من صلاحية الموظف من خلال اســتطلاع صلاحياته الوظيفية، والقول بخلاف هذا فضلاً عن كونه لا يقوم على سند من النظام، فإنه يؤدي إلى إثراء المدعي بلا ســبب .. لهذه الأســباب حكمت الدائرة بإلزام المدعى عليها ... بأن تدفع للمدعية مؤسســة ... قيمة الأدوات الرياضية محل المطالبة ..»[١٤٢].

وقضى أيضاً بأن « الثابت ما ســبق وأن عدم صرف المبلغ لا يرجع إلى خلاف حول المبلغ أو الأعــمال المنفــذة، وإنما يرجع إلى وجــود ملاحظات بينها المراقب المــالي تتعلق بطريقة تعاقد الإدارة مع المقاول – المدعي – دون التقيد بنظام تأمين مشــتريات الحكومة ولائحته التنفيذية وما صدر بشــأنهما من الأوامر السامية والقرارات الوزارية والتعاميم، ورغم دقة

(١٤٢) حكم ديوان المظالم رقم ٤٣٥/ت/١ لعام ١٤٢٧ هـ بجلسة ١٤٢٧/٦/٢٦ هـ في القضية رقم ١/١٠١٧/ ق لعام ١٤٢٦ هـ راجع مجموعة الأحكام لعام ١٤٢٧ هـ مرجع سابق، ج٥ ص ٢٤١٠.

هــذه الملاحظات وســلامتها من الناحيــة النظامية، إلا أن عدم اتباع جهــة الإدارة للقواعد المنظمة لطرق التعاقد لتوفير احتياجاتها لا يسقط حق المدعي في الحصول على حقه الثابت وذلك استنادا إلى مقتضيات العدالة..» [١٤٣].

كما قضى الديوان بأنه « يشــترط ولي الأمر ضرورة الحصول على إذن مســبق لإبرام عقد إداري أو تجديــده يكون هــذا الإذن ضرورياً لقيام الرابطة التعاقدية بين الطرفين بمعنى أن تعاقــد الإدارة دون الحصول على هذا الإذن يــؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً ذلك لأن من المسلم به في فقه القضاء الإداري أن القواعد الخاصة بضرورة التصريح السابق هي من القواعــد المتعلقة بالنظام العام لقيامها على أســباب جوهرية تتصــل بالصالح العام. فإذا أبرمــت جهة الإدارة عقداً دون الحصول على الإذن المســبق المنصوص عليه فإن هذا العقد يعتبر من الناحية القانونية معدوماً ولا يســتطيع المتعاقد أن يتمسك به في مواجهة الإدارة ولكــن هــذا لا يعني أن يضار المتعاقــد ويفقد حقه في الأجر عما قام بــه من عمل نتيجة تعاقده مع الإدارة على خلاف الأصول فمن المســلم به أن هذا المتعاقد لا يستطيع الرجوع على الإدارة على أساس الرابطة التعاقدية لأن هذه الرابطة غير موجودة ولكن يمكنه الرجوع عليها على أساس العمل ولأن العامل يوفى أجره إذا أدى العمل ويستحق بدل أجر المثل عما قام به من أعمال تنفيذية في ظل العقد الباطل»[١٤٤].

غــير أن الديوان في بعض الحالات يقضي بصحة العقد حماية للغير حســن النية وفي هذا قضى الديوان بقوله « وحيث إن منازعة المدعى عليها ليست في قيام المدعية بالعمل وإتمامه، وإنما في أن صلاحيات إدارة المستشفى والشئون المالية لا ترقى إلى التعاقد مع الغير في عقود التأجير وتلك أمور تخفى على المتعاقد مع الإدارة في تأمين احتياجها إذ ليس بوســعه معرفة صحــة وخطأ عمل الإدارة وهو يتعامل في ظاهر الأمر بحســن نية مع الجهة طالبة الخدمة المســند إليها إدارة المرفق، فالعقد وفق الثابت في فقه القضاء الإداري ينعقد صحيحاً منتجاً لآثــاره حتى ولو لم يكن ثمة اعتماد مالي للأعمال محــل التعاقد، أو جاوزت الإدارة في حدود

(١٤٣) راجع حكم هيئة التدقيق رقم ٣٩٤/ت/١ لعام ١٤٢٧ هـ بجلسة ١٤٢٧/٦/١٣ هـ في القضية رقم ٧٤/ق لعام ١٤٢٦ هـ راجع مجموعة الأحكام، مرجع سابق، ج٥ ص ٢٣٥١.

(١٤٤) راجــع قرار ديوان المظالم رقم ٤٠/ت لعام ١٣٩٩هـ القضية رقم ٢/٧٩/ق لعام ١٣٩٩هـ بجلســة ١٣٩٩/١٢/٢٤هـ مجموعة الديوان لعام ١٣٩٩، مرجع سابق، ص ٥٨٤.

ذلـك الاعتماد أو خالفــت الغرض المقصود منه، أو أغفلت الصلاحيــة الممنوحة لها في إبرام العقــد لكون تلك المخالفات لا تمس صحة العقد ولا نفــاذه وحجيته وغايتها أنها مخالفات إدارية..»[(١٤٥)].

وقــضى الديوان أيضاً بأنه «بالنســبة إلى مــا دفع به ممثل الجامعة مــن أن الخطابات المقدمة من المدعية إلى مسئولين في الجامعة والخطابات الموجهة من المسئولين في الجامعة إلى الشركة المدعية صادرة ممن لا صفة له .. فيقال بأن المدعية لا تكلف والحالة هذه حيال الموظــف الذي خاطبها وأجاب على خطابها إلا التعامل مع وصفه الظاهر بما في ذلك البناء عــلى الأصل، وهــو كونه يباشر مهامه وصلاحياته وهذا ما يســع المدعية في قبولها لإجاباته ومخاطبته وما ســوى ذلك فليس من واجبها، ولا تلحــق التبعة في هذه الحالة إلا الموظف نفســه إذا كان قد افتات عــلى صلاحيات غيره، وفي كل الحالات فــإن المدعية تعاملت مع مســئول داخل جهة رسمية لا يســعها إلا التعامل معه وفقاً لوضعه الماثل أمامها والمتبوع مســئول عن أعمال تابعه ولم يكلف النظام المدعية بالتأكد من صلاحية الموظف من خلال استطلاع صلاحياته الوظيفية ..»[(١٤٦)].

وهذا وقد يكون خير جزاء على من أتى البطلان من جهته هو إتمام العقد.

عيوب الإرادة:

يلــزم أن يكون الرضــا خالياً من العيوب التــي تصيب الإرادة وهــي الغلط والتدليس والإكراه، والغبن.

والغلــط: هو حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع، وغير الواقع إما أن يكون واقعــة صحيحة يتوهم عدم صحتها أو واقعة غير صحيحة يتوهم صحتها، فالغلط باعتباره عيباً يشــوب الإرادة يكون وهماً كاذباً يتولد في ذهن الشــخص يجعله يتصور الأمر على غير حقيقته أو يشــترط لصحة التمســك بهذا العيب أن يكون جوهرياً بحيث لو تبينه المتعاقد عــلى حقيقته لامتنع عــن التعاقد ويكون الطرف الآخر على علم بــه حماية لهذا الأخير أو

(١٤٥) حكم ديوان المظالم رقم ٥٤٦/ت/١ وتاريخ ١٤٢٨/٨/٧ هـ في القضية رقم ٢/٤٨٣٩/ق لعام ١٤٢٧ هـ(حكم غير منشور).

(١٤٦) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ١١٥/د/إ/١٩ لعام ١٤٣١ هـ في القضية رقم ٤/١٩٠١/ق لعام ١٤٣٠، المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٢٢٩ لعام ١٤٣٣هـ في قضية الاستئناف رقم ٣٦٨/ق لعام ١٤٣٢ هـ (حكم غير منشور).

كان من السهل عليه أن يتبينه، وسواءً كان الغلط في القانون أم الواقع فإن ذلك مما يعيب الإرادة وفي هذه الحالة يجوز له إبطال العقد[١٤٧].

وبهذا قضت المحكمة الإدارية العليا بقولها « إن العقد الإداري شأنه في ذلك شأن عقود القانون الخاص يقوم أساساً على وجود إرادتين متطابقتين بحيث إذا لم يوجد هذا التراضي أو تخلفت شروط صحته كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال حسب الأحوال. و قد تناول القانون المدني بالبيان التراضي وأحكامه، ونص في هذا الصدد في المادة ١٢٠ منه على أنه «إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد، إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه « و قضى في المادة ١٢٠ منه بأن « ويكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط». و أوردت الفقرة الثانية من هذه المادة - على سبيل المثال - حالتين من حالات الغلط الجوهري دون أن تحيط بكل حالاته. ومؤدى ذلك أن الغلط الذي يعيب الإرادة يجب أن يكون غلطاً جوهرياً واقعاً على غير أركان العقد وألا يستقل به أحد المتعاقدين بل يتصل به المتعاقد الآخر وهذا المبدأ يقرر أصلاً عاماً من أصول القانون ليس في القانون الخاص فحسب بل وفى القانون العام أيضاً وهو بهذه المثابة واجب التطبيق في العقود الإدارية وفى عقود القانون الخاص على السواء. ومن حيث إن تحديد ميعاد التوريد في العقود الإدارية يعتبر ولا شك من العناصر الضرورية للتعاقد التي تقتضيها النزاهة في التعامل، ذلك أنه على أساس هذا الميعاد تتحدد إمكانية صاحب الشأن في توريد الأشياء المطلوب توريدها في الميعاد المضروب لذلك بالشروط والمواصفات المطروحة وتتاح له بذلك فرصة تقدير احتمالات التقدم بإيجابه في العطاء المطروح أو الامتناع عنه، وتحديد سعر التوريد الذي يراه مناسباً و يبدى ما قد يكون لديه من شروط وتحفظات في هذا الشأن. وترتيباً على ذلك فإن المتعاقد إذا ما توهم على غير الواقع من الظروف والملابسات التي أحاطت بالتعاقد أن التوريد كان محدداً له أن يتم خلال أيام أو أسابيع قليلة من تاريخ التعاقد وليس شهوراً ذات عدد واستبان من الظروف والملابسات التي أحاطت بالتعاقد أن المتعاقد كان سيمتنع عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا

---

(١٤٧) راجع د. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص٢٩٧ وما بعدها، وراجع د. وليد بن صالح الصمعاني، السلطة التقديرية للقاضي الاداري، دراسة تأصيلية تطبيقية، دار الميمان للنشر والتوزيع، ج١، ١٤٣٦، ٢٠١٥، ص ٣٥٠.

الغلط الذي شاب إرادته، فإنه يكون على حق في طلب إبطال هذا العقد للغلط الجوهري إذا مـا اتصل هذا الغلط بالمتعاقد الآخر ..... ومـن حيث أن الغلط الذي وقع فيه المدعي يعتبر للأسـباب المتقدمة غلطاً جوهرياً إذا كان من شـانه ولا شك أن يمتنع عن التعاقد عن توريد الشعير المطلوب بالسعر وبالشروط التي تم العقد على أساسها و لما كان الأمر كذلك، وكان هذا الغلط قد اتصل بجهة الإدارة المتعاقدة بالنظر إلى أنها تشـارك في إعداد الميزانية و كانت تعلم أو في الأقل كان من السـهل عليها أن تعلم بأن اعتماد الميزانية سوف يتراخى شـهوراً ذات عـدد وكان عليها بهذه المثابة لاعتبارات النزاهـة في التعامل أن تبصر مقدمي العطـاءات إلى هذه الحقيقة حتى يكونوا على بينة مـن أمرهم عند التقدم بعطاءاتهم و لكنها لم تفعل، لما كان الأمر كذلك فإن المدعي يكون على حق في طلب إبطال العقد للغلط الجوهري الذي وقع فيه» [١٤٨].

هـذا ويلزم التفريق بين الغلط كعيب من عيوب الإرادة والخطأ المادي، فالغلط كعيب مـن عيوب الإرادة هو وهم يتولـد في ذهن المتعاقد ويدفعه إلى التعاقد، في حين أن الخطأ المادي هو عملية منفصلة عن الرضا، غير أنه يمكن في بعض الأحيان أن يكون الخطأ المادي يعيب الإرادة إذا كان هو نفسه الدافع للتعاقد كان يعمد شخص إلى حساب تكلفة السلعة لـكي يحدد ثمن بيعها فيخطئ في الحسـاب بمـا يتوهم معه واقعة غـير صحيحة على أنها صحيحة بما يدفعه للتعاقد بحيث كان سيمتنع عنه لو اكتشف الحقيقة[١٤٩].

ولذلـك فإن الخطأ المادي الـذي لا يكون مولداً اعتقاداً متوهماً للتعاقد، وإنما يكون زلة قلم أو خطأ في الحسـاب لا يعد من قبيل الغلط كعيب من عيوب الإرادة وتتخذ في شـأنه قواعد التصحيح.

هـذا وجدير بالذكر أن نـدرة الغلط في العقود الإدارية ترجـع إلى أن العقود الإدارية تمر بإجراءات عديدة منذ الإعلان عنها وحتى إبرامها تتلبسـها إجراءات وتسـبقها دراسات مـما يدفع بعدم وجود الغلط في هذه العقود، وثانياً لأن العقود الإدارية أطرافها محترفون ومختصون في مجال أعمالهم بالقدر الذي يدفع عنهم التوهم في الواقع والقانون.

(١٤٨) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٩٧ لسنة ١٦ ق بجلسة ١٩٧٤/٦/٢٩، المكتب الفني ٤٥٠/١٩، ٤٥١، ٤٥٢.

(١٤٩) راجع د. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٣٢٤.

أما التدليس أو التغرير فهو قيام أحد المتعاقدين باتباع حيلة يترتب عليها إيقاع الطرف الآخــر في الغلط الذي يؤدي به إلى التعاقد بحيــث لولاها لما أبرم العقد، فإن لم يكن كذلك فــلا عبرة به وبهذا يفترق عن الغلط بمعناه الســابق، فالتدليــس غلط مدبر يقصد المدلس إيقــاع ضحيته فيه، في حين الغلط العادي هو مــا يتولد في ذهن المتعاقد دون اتباع الحيلة والتدليس، وبالتالي حتى يكون هناك تدليس يعيب الإرادة فلابد من استعمال طرق احتيالية تــؤدي إلى تضليل المتعاقد مــن قبل المتعاقد الآخر أو على علم بهــا حقيقة أو افتراضاً وأن يكون التدليس هو الدافع للتعاقد [١٥٠]، وهي مســألة واقع يســتقل بها قاضي الموضوع من ظروف عملية التعاقد وملابساتها[١٥١].

وفي هــذا قضى ديوان المظالم بأنه «وحيث إنه من المقرر أن المناقصة إنما تهدف منها جهة الإدارة إلى ضمان توفير المال العام والمحافظة عليه ولا ريب أن اســتعمال المتعاقد طرقــاً احتياليــة لتضليل الإدارة ودفعها إلى التعاقد معــه أو تغريرها بتصوير عرضه أنه أفضــل العروض رغم عدم صحة ذلك ســواءً كان الإيهام من جهته وحده أو بمســاعدة مــن بعض مســئولي الجهة الإداريــة لا ريب أن ذلك مما يناقــض الهدف الذي وضعت المناقصة من أجله كما أن ذلك يمس جوهر العقد ويجعل الرضا من قبل الجهة الإدارية المتعاقــدة لم يصدر ســليماً وفق شروطــه وضوابطه ذلك أن هذا الرضا قد مســه عيب التدليس والتزوير بالمخالفة للقواعد الشرعية التي تأمر بالوفاء بالعقود وفق ما أمر الله تعالى ورســوله وذلك بخلوها من التدليس والتغرير.. وحيث إن كل ذلك يصيب العقد في اعتبــاره وصحته إذ إن ركــن الرضا بشروطه لم يتوافر في حق الإدارة مما يجعله باطلاً ولا اعتبار له»[١٥٢].

وفي ذات الموضوع قضت المحكمة الإدارية العليا أنه « ومن حيث إنه عن ادعاء الطاعن بأن جهة الإدارة دلســت عليه بإيهامه أن الســعر الذي يتعاقد به هو ســعر مجزٍ يحقق له ربحــاً، فانــه ادعاء عارٍ من الصحــة إذ تخلو الأوراق مما يفيد ذلك كــما أن الطاعن لم يقم

(١٥٠) راجع ولمزيد من التفصيل د. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص٣٣١ وما بعدها.

(١٥١) راجع د. وليد الصمعاني، مرجع سابق، ص ٣٥٣.

(١٥٢) راجع حكم الدائرة الإدارية رقم ٦٩/د/إ/١٥ لعام ١٤٢٧هـ في القضية رقم ٣/٢٤١/ق لعام ١٤١٩هـ المؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم ١٠/ت/١ لعام ١٤٢٨هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٢٨هـ ج٦، ص ٢٤٧٢.

دليــلاً عليــه، وفضلاً عن ذلك فإنه بافــتراض أن الإدارة أوهمته بأن الســعر الذي تعاقد به هو ســعر مجزٍ، فان ذلك لا يعتبر تدليســاً في حكم المادة ١٢٥ من القانون المدني للمطالبة بإبطــال العقد، ذلك أن الفقرة الأولى من هذه المادة تتطلب في التدليس الذي يجوز إبطال العقــد بســببه أن يكون ثمة طرق احتياليــة لجأ إليها أحد المتعاقدين، تبلغ من الجســامة بحيــث لولاها لما أبرم العقد، ومجرد إيهام الإدارة للطاعن بأن الســعر الذي ارتضى التعاقد به هو ســعر مجز لا يعتبر بحال من الأحوال من قبيل الطرق الاحتيالية التي يجوز وصفها بالتدليس، سيما وأن الطاعن تاجر محترف اعتاد التعامل في الأسواق وتوريد هذه المحاصيل وهو أعلم بحال السوق وتقلباته وأسعاره، ومن ثم لا يجوز عليه إيهام»[١٥٣].

الإكراه:

الإكراه هو العمل الذي يبعث في نفس الشخص رهبة أو خوفاً يحمله على التعاقد، فهو يصيب الإرادة في أحد عناصرها وهو عنصر الحرية والاختيار، إذ المكره لا يريد التعاقد ولكن الرهبــة التي ولدها الإكراه هي التي دفعتــه إلى التعاقد، وعلى ذلك فإن الإرادة وإن كانت موجــودة إلا أنها معيبة، وعليــه إذا وصل الإكراه لحد إعدام الإرادة، فيكون في هذه الحالة انعدام الإرادة، يعني انعدام الرضا ذاته، ويشــترط لاعتبار الإكراه مفسداً للرضا أن تستعمل وســائل للإكراه من المتعاقد أو من غيره، وكأن يعلم بها المتعاقد، أو كان من المفروض حتماً معرفته سواءً كانت وسائل مادية أم نفسية، تبعث في نفس المتعاقد رهبة تصور له أن خطراً جسيماً يتهدده أو غيره مما يؤثر في نفسه إن لم يبرم العقد[١٥٤].

وقضى ديوان المظالم بأن «الإكراه المعنوي يعد عيباً يشــوب الإرادة ويترتب عليه بطلان التــصرف الناتج عنه، غير أنه يشــترط لبطــلان هذا التصرف أن تتوافــر في الإكراه الضوابط المســتقر عليها فقهاً وقضاءً، وذلك بأن يتولد عنه رهبة بحلول خطر جســيم على النفس أو العرض أو المال يســتحيل دفعه إلا بإتيان التصرف الواقع عليه، وأن الشــخص الواقع عليه الإكراه ما كان ليأتي هذا التصرف لو لم يقع عليه هذا الإكراه، مع الأخذ في الاعتبار الظروف

(١٥٣) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٨٧٧ لسنة ٢٧ ق، بجلسة ١٩٨٤/١/٢١، الموسوعة، مرجع سابق، ج ١٨، ص ٧٢٥.

(١٥٤) راجع د. عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص ٢٦٧ وما بعدها.

الشـخصية للمتصرف من حيث السـن والحالة العقلية والنفسـية ومدى تأثير الإكراه على إرادته»[155].

وقـضى أيضاً بأن «الإكراه يكون أحياناً بطريـق اللزوم كما هو الحاصل في هذه الدعوى حيث لم يصرف شيء من مستحقات المدعية عن مدة التمديد إلا بعد ما يقارب السنتين ... وحيث إن حاجة المدعي إلى المبالغ المتأخرة للصرف على عمالته والوفاء بالتزاماته ستضطره إلى الإذعان للتوقيع على ما يطلب منه، خصوصاً إذا كانت المبالغ كبيرة كقيمة هذا العقد... وهذا من أشد أساليب الإكراه فإنه بذلك يكون مكرهاً على التوقيع»[156].

وقضـت المحكمـة الإدارية العليا أنه «لا وجه أيضاً لما يدعيه الطاعن من أنه وقع تحت سـلطان الرهبة والخوف من بطش المسؤولين بمجلس المدينة، إن لم يذعن للتعاقد ذلك أنه لم يقم دليلاً على أن أحداً من المسؤولين بمجلس المدينة قد لوح للطاعن بأية وسائل لإكراهه على التعاقد... والمادة ١٢٧ من القانون المدني تشترط لجواز إبطال العقد للإكراه أن يتعاقد الشـخص تحت سـلطان رهبة يبعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون وجه حق، و تكون هذه الرهبـة قائمة على أسـاس، ثم أردفت الفقرة الثانية من هذه المـادة تقرر أن الرهبة تكون قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال ..»[157].

وأخيراً فإن الغبن يعني عدم التعادل بين التزامات العملية التعاقدية بحيث يكون التزام أحـد الأطراف لا يتعـادل البتة مع ما يحصل عليه من مقابل، وكان ذلك نتيجة لاسـتغلال الطـرف الآخر لطيش بين أو هوى جامح فيه. ويبدو من ذلك أنه يشـترط لتحقق الغبن أن يكون هناك اختلال جسيم بين التزامات طرفي التعاقد بحيث يميل ذلك لصالح أحدهما على حسـاب الآخر، وثانياً يكون بتوافر سوء النية لدى أحد المتعاقدين باستغلاله هوىً أو طيشاً

(١٥٥) حكم هيئة التدقيق رقم ٢٨٤/ت/٢ لعام ١٤١٤هـ في القضية رقم ٤/٥٦/ق لعام ١٤١٣ حكم غير منشور مشار إليه لدى د. وليد الصمعاني، مرجع سابق، ص ٣٥٥.

(١٥٦) حكم الدائرة الإدارية رقم ٩٩/د/إ/٦ لعام ١٤٣٠هـ في القضية رقم ١/٣٩٦٢/ق لعام ١٤٢٦هـ والمؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم ٢٣١/إس/١ لعام ١٤٣١ هـ حكم غير منشور مشار إليه لدى د. وليد الصمعاني، مرجع سابق، ص ٣٥٥.

(١٥٧) الحكم السابق نفسه، ص ٧٢٦ .

لدى المتعاقد الآخر[١٥٨]. وهو ما قضى به الديوان بقوله إن «الغبن يعني انعدام التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه وهو يقوم على عنصر نفسي، هو استغلال حالة ضعف أو عدم خبرة، أو قلة إدراك، أو طيش في نفس المتعاقد المغبون، وذلك لا يمكن تصوره في حالة المدعية التي باشرت الاستثمار في الموقع لمدة طويلة، بحيث أصبحت ذات دراية بمردود ذلك اقتصادياً»[١٥٩].

وتكون السلطة التقديرية للقاضي الإداري بإعمال الجزاء المترتب على ثبوت الغبن فيجوز إبطال العقد عند طلب المتعاقد المغبون، أو إنقاص الالتزامات الباهظة التي تحملها المتعاقد إلى المدى المقبول[١٦٠].

ثانياً: المحل:

لا يكفى لقيام العقد قانوناً وجود التراضي بين طرفيه بل لابد من وجود محل لهذا الاتفاق، ويقصد بالمحل في هذا المقام هو الشيء الذي يلتزم المدين القيام به لصالح الدائن وهو إما إعطاء شيء أي إنشاء حق عيني على شيء أو نقله، وإما عمل أو امتناع عن عمل[١٦١] فمحل العقد في عقد الأشغال هو القيام بالعمل وفقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها، والمحل في عقد التوريد هو الشيء محل التوريد، وفي ذلك قضى ديوان المظالم بأن «العقد هو ارتباط إيجاب بقبول يوجب أثره في محله.. وفي شأن هذه الدعوى يسفر وعاؤها أن المدعية أعلنت إيجابها للقيام بالعقد، والذي محله ترميم جامع .. وقد كان عرضها الأقل وقد أحيطت علماً بذلك إلا أنه طلب منها التريث لحين موافقة وزير .. على ترسية العقد؛ ومن ثم لم يلاق إيجاب المدعية قبولاً ينتج أثره»[١٦٢].

(١٥٨) راجع د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٧٥ .

(١٥٩) حكم هيئة التدقيق، رقم ٦٣٧/ت/١ لعام ١٤٢٧ هـ بجلسة ١٤٢٧/١١/١١ هـ في القضية رقم ٢٩١٠ /١/ق لعام ١٤٢٥ هـ مجموعة الأحكام، مرجع سابق، ج٥، ص ٢٧٩٨ .

(١٦٠) راجع د. وليد الصمعاني، مرجع سابق، ص ٣٥٩.

(١٦١) راجع د. وليد الصمعاني، مرجع سابق، ص ٣٥٩.ن ود. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٣١٦.، ود. عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص ٤٠٧.

(١٦٢) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ١/١/١٣٦ لعام ١٤٣٢ هـ في القضية رقم ١/٧٧١/ق لعام ١٤٣١، المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٨٦١ لعام ١٤٣٣هـ في قضية الاستئناف رقم ٦٧٨٧/ق لعام ١٤٣٢ هـ

ويستلزم لتوافر ركن المحل أن يكون موجوداً أو قابلاً للوجود إذا كان محل العقد إعطاء شيء أو كان عملاً يتعلق بشيء معين، فإنه يستلزم أن يكون موجوداً عند إبرام العقد،أو قابلاً للوجــود، فإذا تعاقد الطرفان على اعتبار أن الشيء موجــود ثم تبين أنه هلك قبل التعاقد، فــإن العقد يقع باطلاً، أما إذا هلــك الشيء بعد الالتزام، فإن العقد ينشــأ صحيحاً ونصبح بصدد اســتحالة في التنفيذ، أما الإمكان فإنه يتعلــق بالالتزام بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل، فإنه يلزم أن يكون ممكناً، فإن غدا مســتحيلاً طبيعة أو نظاماً فإنه في هذه الحالة لا ينعقد العقد، والاســتحالة المقصودة هي الاســتحالة المطلقة تحت معيار موضوعي وليس عن شــخص المتعاقد[(١٦٣)]، فلو أبرمت الجهة الحكومية عقداً مع رســام ثم تبين عدم قدرته على الرســم فإن ذلك لا يعني اســتحالة المحل وإنما استحالة أداء المحل منه ومن ثم يمكن تنفيذه على حسابه.

لا يكفــي وجود الشيء أو إمكانية وجوده لتحقيق ركــن المحل بل يلزم أن يكون معيناً أو قابــلاً للتعيــين[(١٦٤)]، وهذا شرط تقتضيه طبيعة الأمور ذاتهــا، مثل ذلك مثل إمكان محل الالتزام، فالالتزام يلزم المدين بأداء محله فإذا كان العقد محله مجهلاً جهلاً فاحشــاً بحيث تعــذر الوصول إلى تحديده كان حرياً بالالتزام ألا ينشــأ والعقد لا يقــوم [(١٦٥)] ، وفي العقود الإداريــة تلتزم الجهــات الحكومية قبل الإعلان عن منافســاتها أو مشــترياتها أن تحددها وتعينها تعييناً نافياً للجهالة كالتزام نظامي عليها.

وعليــه فإن الجهات الحكومية أن تحدد محل العقد بشــكل دقيــق تحقيقاً للمصلحة العامــة، ويعد العقد باطلاً إن لم يكن محل الالتزام محدداً بشــكل ينفي عنه الجهالة وإلا أمكــن اعتبار العقد موجوداً ولذلك قضى ديوان المظالم بــأن " ما ذكرته المدعى عليها من أســباب أخرى لا ترقى أن تكون ســبباً صحيحاً يمنحها حق إلغاء عقود المدعي، ومن ذلك قولهــا أن عقد المدعي لم يرد فيه تحديــد لكمية المياه الموردة للمدارس، والدائرة باطلاعها عــلى تلك العقود المبرمة بين الطرفين وإن لم يرد فيها تحديد لكمية المياه المطلوب توفيرها

(حكم غير منشور).

(١٦٣) راجع د. عبدالمنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص ٣١٨ وما بعدها.

(١٦٤) راجع د. عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص ٣٢٠ وما بعدها.

(١٦٥) راجع د. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٤١٩.

للمــدارس محل العقد، إلا أن تلك العقود قد رتبت تجاه المدعي التزاماً يســتحق المدعي في حــال الوفاء به أن يقبض المقابل المنصوص عليــه في العقد، وذلك الالتزام هو أن يقوم المدعــي بتأمين المياه الصالحة للشرب والاســتعمال للمدارس، بحيــث تكون المياه متوفرة بالمــدارس طــوال مدة العقد، وبهذا يتضح أن العقد ألزم المدعــي بأن يكون تأمينه للمياه دورياً ودون انقطاع مقابل مبلغ شهري مقطوع بغض النظر عن الكمية التي يوردها، إذ إن العبرة في ذلك كما يتضح من بنود العقد هي بتوافر المياه بالمدارس طوال مدة العقد، وأن المدعي حسب العقد لا يستحق المقابل النصوص عليه ما لم تكن المياه التي قام بتوريدها على ما يرام ودون تقصير، وعلى هذا فلا يمكن القول بأن عدم تحديد كمية المياه في العقد مما يفضي إلى الجهالة التي تبرر إبطال العقد، كما لا يعني ذلك إطلاق يد المدعى عليها في إلغاء العقد من تلقاء نفســها متى شــاءت، طالما أن الالتزام الذي رتبه العقد تجاه المدعي هو تأمين المياه إلى المدارس محل العقد، وطالما أن المدعي قد قام بما نحى العقد عليه من توفير المياه المدارس محل العقد ولم تقدم الجهة المدعى عليها ما يفيد إخلاله بالتزامه ذلك فإنــه كان على الجهــة عندئذ أن تدفع للمدعي المقابل المتفق عليــه في العقد لا أن تقوم بإلغاء عقده»[(١٦٦)].

وأخــيراً يلزم أن يكون محل العقد مشروعاً ولا يكون كذلك إلا إذا كان الشرع أو النظام قد منع التعامل فيه، بحيث يكون الالتزام به يتنافى مع الشرع أو تتنافى طبيعته أو ما قرره النظام أن يكون محلاً للتعاقد ومن ثم يصبح العقد في هذه الحالة باطلاً، ومن ذلك ما قضى بــه الديوان أن «المدعي قد قام باســتئجار أرض من بلديــة ... بموجب عقد الإيجار رقم ... وقــام بالعمل في الموقع ... إلا أنــه فوجئ بأن البلدية قد ألغت عقده بعد أن قام بكل تلك الأعــمال، ومن ثــم أقام الدعوى مطالباً تمكينه من الموقــع ..وحيث إن الدائرة وهي بصدد نظر هذه الدعوى فقد تبين لها أن الموقع مثار الدعوى يقع بمخطط معارض الســيارات ... ومخصص مرفق حكومي حسب الأوراق المرفقة بملف القضية، وحسب خطاب معالي وزير الشــؤون البلدية والقروية رقم ... ولم يطرأ عليه أي تغيير، ولهذا فلا يجوز التصرف فيه إلا وفق ما خصص له وفقاً للأمر السامي رقم ... وحيث ثبت بأن الموقع المشار إليه من أراضي

(١٦٦) راجــع حكم الدائــرة الإدارية رقم ٧٣/د/إ/١٨ لعام ١٤٢٨هـ في القضية رقــم ٤/٤٧٢/ق لعام ١٤٢٧هـ المؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم ٥٢/ت/١ لعام ١٤٢٩هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٢٩ هـ ج٥، ص ٢٤٤١.

المرافــق العامة التي لا يخــول لأي كائن من كان التصرف فيها إلا وفق ما خصصت له، فإن مكان العقد غير مشروع وأي تصرف عليه يعتبر باطلاً بقوة النظام»[١٦٧].

وهــو أيضاً ما ســطرته المحكمة الإدارية العليا بقولها «ومن حيث إنه يشــترط في محل العقــد - أيــاً كان العقد - أن يكون قابلاً للتعامل فيــه ويكون الشيء غير قابل للتعامل فيه فــلا يصح محلاً للالتزام، إذا كان التعامل فيه محظوراً قانوناً أو غير مشروع لمخالفته للنظام العام. وينبني على ذلك أن العقد يقع باطلاً فلا ينعقد قانوناً ولا ينتج أثراً، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه، وللمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها، ولا تصح إجازة العقد وإذا تقرر هذا البطلان فيعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد. ومن حيث إنــه متى كان ذلك وكانت الأدوات مثار النزاع غير قابلة للتعامل فيها بحكم القانون ولمخالفتها للنظام العام فإن عقد التوريد يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً ولا ينتج أثراً، ولا يجدي المؤسسة الموردة التحدي بأن الأدوات التي وردتها مطابقة للعينة النموذجية بعد إذ تبين أن محــل العقد غير قابل للتعامل لعدم مشروعيته على ما مر. كذلك فإنه لا وجه للمجادلة في صلاحية الأدوات محل النزاع للاستعمال بمقولة أنه لم ينتج عن نظائرها أي تسمم في الماضي، بعد أن ورد النص في مرســوم الأوعية على حظر اســتعمال النحاس في تركيب هذه الأدوات صريحاً خالياً من أي قيد. ولا محل لما طلبته المؤسســة في مذكرتها الختامية من الاســتعانة بذوي الخبرة إزاء صراحة النصوص وعدم الشك في نتيجة التحليل.

ومن حيث إنه متى تقرر بطلان العقد بطلاناً مطلقاً على الوجه المتقدم فإن المؤسســة يصيبهــا كأثر حتمي لتقرير البطــلان ضرر يتمثل في قيمــة الأدوات التي قامت بتصنيعها والتي تبين أنها غير قابلة للتعامل وليس من ســبيل إلى استردادها لمخالفتها لأحكام مرسوم الأوعية.

ومن حيث إن الضرر الذي أصاب المؤسســة جاء نتيجة خطأ كل من الإدارة والمؤسســة معاً، فالفرض أن المؤسسة عليمة بأحكام مرسوم الأوعية علمها بالقانون الذي لا يُعذر أحد بالجهل به، وكان من المتعين عليها والحالة هذه أن تتثبت من مطابقة ما تصنعه لأحكامه،

(١٦٧) راجــع حكم المحكمــة الإدارية رقم٤/١/٢٦٣ لعــام ١٤٣٢ في القضية رقم ٤/٢١١٨/ق لعــام ١٤٢٩هـ المؤيد من محكمة الاســتئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٢١٥ لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم ١٩٥٠/ق لعام ١٤٣٣ هـ(حكم غير منشور).

ويتمثـل خطأ الإدارة في كونها طرحت المناقصة على أسـاس عينة نموذجية مخالفة لأحكام مرسوم الأوعية مع ما يتوافر لديها من الإمكانيات الفنية التي تكفل لها الوقوف على حقيقة المـواد الداخلـة في تركيبها. وإذ كان الخطأ خطأً مشـتركاً وكان للقاضي أن يقدر نصيب كل من المسؤولين عن الخطأ في التعويض وفقاً لحكم المادتين ١٦٩، ٢١٦ من القانون المدني فإن المحكمة تقدر التعويض المسـتحق للمؤسسـة في ذمة الإدارة - بمراعاة مدى جسامة الخطأ الذي ارتكبه كل منهما - بمبلغ ألف وخمسمائة جنيه مصري»[١٦٨].

ثالثاً: السبب:

يقصد بالسـبب باعتباره ركناً في العقد هو الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء ارتضائه التحمل بالالتزام أو هو بعبارة أخرى الغاية التي يبتغي الملتزم تحقيقها نتيجة تعهـده بالالتزام، فالمدين حينما يرتضي أن يحمل نفسـه بالتزام معين يفعل ذلك لغرض أو لغايـة يسـعى إليها، ويطلق على هذا الغـرض أو تلك الغاية السـبب؛ فالبائع مثلاً يرتضي التحمل بالالتزام بنقل ملكية المبيع للمشـتري وتسـليمه إياه رغبةً في الحصول على الثمن، وفي المقابل يلتزم المشتري بدفع الثمن رغبةً في الحصول على المبيع، فالسبب إذن هو الغاية التي يسـعى الملتزم لتحقيقها مـن وراء الالتزام، وهو بهذا يختلف عـن المحل، فإذا كانت الإجابة عن المحل هي بماذا التزم المدين؟ فإن الإجابة عن السبب تتضمن لماذا التزم المدين أو بمعنى أدق لماذا أراد المدين أن يلتزم؟[١٦٩]

والسـبب لا يتوقف عند السـبب المباشر وإنما يتعداه إلى الدافع إلى التعاقد متى كان متصـلاً بالمتعاقـد الآخر، بمعنـى أن يكون عالماً به أو كان يسـتطيع أن يعلم به، ويكون في نفس الوقت هذا الباعث دافعاً إلى العقد، فإن كان كذلك كان السـبب باطلاً بما يؤدي إلى بطلان العقد، غير أنه يلاحظ أن اشتراط العلم إنما يكون حفظاً للمتعاقد الآخر حتى لا يفاجأ بإبطـال العقد لأن الباعث غير مشروع، وبالتالي فـإن تطلب العلم من الطرف الآخر يكون في الحالـة التي ترفع فيها دعوى البطلان من صاحب هـذا الباعث، وبالتالي إذا رفعت من الطرف الآخر فإنه لا معنى أن نتطلب أن يكون عالماً بالباعث، لأن ذلك يخالف المنطق من

(١٦٨) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٣٠٣ لسنة ٨ق بجلسة ١٩٦٦/١٢/٣١،المجموعة ١٢/ ٥٠٢: ٥٠٤.

(١٦٩) راجع د. عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص ٤٢٨ وما بعدها.

جهة ولا يتفق مع الغاية التي من أجلها استلزم اتصال الباعث بالطرف الآخر[١٧٠].

ويشترط لصحة السبب أن يكون مشروعاً فإن لم يكن مشروعاً كان العقد باطلاً. والسبب هنا هو الدافع الذي حدا إلى إبرام العقد والذي يشــكل في نفس الوقت مقصوده، ويلزم في هذا الســبب أن يكون مشروعاً، وإلا فإن العقد يكون باطلاً، والأحكام بالخصوص كما يقرر البعض من الفقه شحيحة جداً لأنه من النادر أن تتعاقد الإدارة دون سبب أو بسبب باطل. ومــن الأحــكام الأولى لمجلس الدولة الفرنسي التي يشــير فيها إلى ركن الســبب هو حكمه الصادر في ٢٩ يناير ١٩٤٧ في قضية (ميشــو) وتتعلق هــذه القضية بعقد تطوع أبرمه أحد الفرنسيين بقصد قتال الألمان غير أنه جند في وحدة غير مقاتلة، فطالب قضائياً ببطلان عقد تطوعه لفقد ركن الســبب، وقد رفض المجلس الدعوى استناداً إلى ان إلحاق المتطوع بفرقة معينة هو أمر لاحق لإبرام العقد وبالتالي لا يفقده سببه.

ومــن أحكام مجلس الدولة المصري تشــير محكمــة القضاء الإداري إلى الســبب ففي القضية رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ ق بجلسة ٢ يونيه ١٩٥٧ بقولها: «ومن حيث إن التزام صاحب المطحــن بإنتاج عدد معــين من أقات الدقيق الصافي مــن كل إردب من القمح الذي يقوم بتســليمه إلى سلطات التموين، ثم مساءلته عن عدم إنتاج هذا المقدار يجب أن يقوم على ســبب قانوني، وهذا السبب يكون إما بنص في التشريع أو بنص في لائحة صادرة من جانب المطحــن بمثل هذه المعــدلات المقررة عند إبرامه العقد مع جهــة الإدارة التي تهيمن على مرفــق التموين في البلاد ... وإما باتفاق ذكــر المعدل وينبه إلى ضرورة الإنتاج على مقتضاه فإذا جاء خلواً تماماً من مثل هذا النص فقد يسترشــد القاضي بما هو من مســتلزمات العقد وفقاً للعرف الجاري في التعامل بحسب طبيعة كل التزام»[١٧١].

(١٧٠) راجع د. عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص ٤٤١ وما بعدها.

(١٧١) راجع د. ســليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٨١، ود. عبد العزيز خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٤١ .، ود. عبد الفتاح صبري أبو الليل، مرجع سابق، ص ٥٤٤ وما بعدها.

الفصل الثاني
أهم أنواع العقود الإدارية

تتعــدد أنواع العقود الإدارية وبالتالي تتعدد القواعد القانونية التي تحكمها وفي إطلالة وجيــزة نبين أهم أنواع العقــود الإدارية وتطبيقاتها في النظام والقضــاء، والغرض من تلك الإطلالة هو إعطاء فكرة عن هذه العقود وتطبيقاتها القضائية، وفي ذات الوقت لأن البعض منها لا يتضمنه نظام المنافســات والمشــتريات الحكومية، وأخيراً لإيضاح تنوع العقود التي تبرمهــا الجهات الإدارية والأنظمة التي تخضع لها، وذلــك في ثلاثة مباحث، الأول عن عقد الامتيــاز وصــوره والقواعد التي تحكم كلاً منهــا، والثاني عن العقود التــي وردت في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، كعقود الأشغال والتوريد وعقود خدمات التنفيذ المستمر وغيرها من العقود تحت ســقف نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، والثالث عن عقود اســتئجار الدولــة للعقار والأحــكام التي تخضع لهــا، وأخيراً العقود التــي تبرمها البلديات والأحكام التي تخضع لها، مع إيراد التطبيقات القضائية لكل منها بما يمكن فضلاً عن كونها تطبيقاً لها، أن يكون لها مغزى قانوني يمكن الاستفادة منه، وذلك على البيان التالي:

المبحث الأول:

عقد الامتياز:

يعد عقد الامتياز من أشـهر العقود الإدارية وأقدمهـا حيث بدأت عقود امتياز المرافق العامة في الظهور في أواخر القرن الثامن عشر في فرنسـا حيث منحت الحكومة الفرنسـية لإخوان بيريه امتياز توزيع المياه في العاصمة باريس عام ١٧٨٢ (١٧٢).

وتعد عقود الامتياز أسلوباً من أساليب إدارة المرافق العامة، فإنه إذا كان أسلوب الاستغلال المبـاشر يعنى أن الدولة تقوم بنفسـها مباشرة بإدارة المرفق العام، وإذا كان أسـلوب الهيئة العامة أو المؤسسـة العامة يعنى إدارة الدولة للمرفق العام عن طريق منظمة أو هيئة عامة تقوم بهذه الإدارة تحت إشراف الدولة، فإن الدولة في هذا الأسلوب تسند إدارة المرفق العام إلى هيئة خاصة تقوم هذه الهيئة بإدارة المرفق العام بأموالها وعمالها وتحت مسؤوليتها(١٧٣).

هذا وعقد الامتياز لا ينحصر في صورة واحدة وإنما يتشكل في عدة صور تتمثل في عقد امتياز المرافق العامة، وعقد امتياز اسـتغلال الموارد العامـة، وعقد الامتياز المتطور والذي يأخذ صوراً متعددة (١٧٤) وبيان ذلك كما يلي:

أولاً: عقد امتياز المرافق العامة:

أ-تعريف عقد الامتياز:

يعـرف عقد امتياز المرافـق العامة بأنه ذلـك العقد الذي «يتولى الملتـزم فرداً كان أو شركة بمقتضاه وعلى مسـؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين(١٧٥)، مع خضوعه للقواعد الأساسـية الضابطة لسـير المرافق العامة، فضلاً عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الامتياز»(١٧٦).

(١٧٢) راجع د. ماجد الحلو، العقود الإدارية، مرجع السابق، ص ١٩٣.

(١٧٣) راجع د. جابر نصار مرجع سابق، ص ١٠٠.

(١٧٤) راجع د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٩٢.

(١٧٥) الأفضل أن يقال عنه: «مقابل نظير خدمة» وذلك لأن قيمته تعادل الخدمة بخلاف الرسوم.

(١٧٦) راجع د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٠٦، ود. عبد الغني بسيوني عبد الله، النظرية العامة في القانون الإداري، منشأة المعارف الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٤٢٦.

ومن ذلك التعريف يمكن أن نحدد خصائصه والتي تتمثل فيما يلي(١٧٧):

- الإدارة في هــذا العقد لا تتــولى إدارة المرفق العام ولا تقدم لــه الأموال ولا الموظفين كما يحدث في طريقة الاستغلال المباشر، وإنما يقوم الملتزم بإدارة المرفق وما يستتبع ذلك من أموال وعمال متحملاً وحده مسؤولية ذلك.
- يتعلق عقد الالتزام غالباً بالمرافق الاقتصادية التي تحقق عائداً مادياً.
- يتقاضى الملتزم عوضاً مادياً لإدارته المرفق العام يتمثل في شــكل رســوم يحصل عليها من المنتفعــين بخدماته، وتحدد وثيقــة شروط الامتياز التعريفة التي يجب على أساســها ما يجب دفعه من قبل المنتفعين بالخدمات التي يقدمها.
- يمنح الامتياز لفترة طويلة نســبياً يراعى فيها السماح للملتزم بتغطية النفقات التي قدمها لإنشــاء المشروع وإدارته، ولتحقيق قدر مناسب من الأرباح، فما كان التعاقد إلا وهذا في الأصل غرضه من قبل الملتزم.

ب-مزايا وعيوب طريقة الالتزام(١٧٨):

تتميز طريقــة إدارة المرافق العامة عن طريق الامتياز بأنهــا تحقق بعض الميزات التي تجعل لهذا العقد استمرارية وتواجداً وتتمثل هذه المزايا فيما يلي:

- تؤدي طريقة إدارة المرافق العامة عن طريق الالتزام إلى تحرر إدارة هذه المرافق إلى حد كبير من الروتين الحكومي وما يؤدي إليه هذا الأخير من تعقيدات وبطء في الإجراءات.
- تخفيــف الأعباء الإدارية والمالية عــن عاتق الإدارة وتفرغهــا لإدارة المرافق الأخرى التي تحتاج إلى طريقة الاستغلال المباشر، أو المؤسسة أو الهيئة العامة.
- هذه الطريقة ولأن المتعاقد قد يتعرض لجزاءات من قبل الإدارة فإنه يقوم بأداء الخدمة بأفضــل ما يمكن القيام به من الأموال والأشــخاص، لتلافى تلك الجــزاءات ولضمان نجاح المرفق وتحقيق الأرباح الأمر يحقق في النهاية رسالة المرفق العام.

(١٧٧) راجع د. محمد بكر حسين، مرجع سابق، ص ٢٦.

(١٧٨) د. ماجد الحلو، العقود الإدارية، مرجع ســابق، ص ١٩٥، وما بعدها، ود. محمد بكر حسين، مرجع السابق، ص ٢٨ وما بعدها، ود. محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، ص ٢٥ وما بعدها.

أما عيوب هذه الطريقة فإنها تتمثل فيما يلي:

- زيادة الرسوم المتحصلة عن تقديم الخدمة، لأن تحديد هذه الرسوم بين الإدارة والملتزم قد روعي فيه أرباح الملتزم الأمر الذي من شــأنه زيادة هذه الرسوم عما كان يمكن أن تكون عليه لو كانت الإدارة نفسها هي التي قامت بتشغيل المرفق.
- قد يؤدي ضعف الرقابة على الملتزم، إلى ســوء تقديــم الخدمة المقدمة من الملتزم ما دام يحقق الأرباح من وراء استغلال المشروع.
- قد يفقد هذا النظام بعضاً من فائدته إذا قامت الحكومة بتقديم مساعدات مالية للملتزم رعاية منها للمصلحة العامة.

ج- آثار عقد الالتزام:

إن عقد الالتــزام كأي عقد إداري يرتب حقوقاً والتزامات على طرفي العملية التعاقدية، غير أنه يضيف آثاراً أخرى تتعلق بالمنتفعين بخدمات المرفق العام محل الالتزام، وبيان ذلك كله كما يلي(١٧٩):

- حقوق والتزامات الجهة الإدارية:

للجهــة مانحة الالتزام حقوق والتزامات في العملية التعاقدية، وحقوقها في هذا الشــأن هي للحفاظ على المصلحة العامة فللإدارة سلطة الإشراف والرقابة والتوجيه وإن لم تسطر في بنود العقد، فهي حق مقرر للمصلحة العامة ولا يمكن التنازل عنه، ولها كذلك سلطة تعديل العقد بإرادة منفردة، كما أن لها سلطة إنهاء العقد للمصلحة العامة ولو لم يرتكب المتعاقد أي خطــأ، إلا أن هذه الحقــوق لا تصادر حق الملتزم بالمطالبة بحقوقــه المادية تجاه هذه التصرفــات إن كان لذلك مقتضى، وعليها في مقابل هــذه الحقوق الالتزام بالوفاء بالحقوق المالية وكافة الحقوق التي للمتعاقد حسب نصوص العقد وحسب النظريات القانونية التي تحكم نظام العقود الإدارية.

---

(١٧٩) V. André De Laubadére, op. cit. .p. p .632, 633 .et V. Philippe George et Guy Siat op. cit. . p.p.308,309

وراجع د. مصطفي أبو زيد مرجع سابق، ص ٣٨٩، وما بعدها، وراجع د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٥٣٩.

- حقوق والتزامات الملتزم:

للملتــزم الحق في الحصول على المقابل المادي المتفق عليــه في العقد، وكذلك الحقوق الماليــة التي أقرتها نظريــات إعادة التوازن المالي للعقد وذلك عــن طريق مثلث نظريات التــوازن المالي وهــي نظرية الظروف الطارئــة، ونظرية الصعوبات الماديــة غير المتوقعة، ونظريــة عمل الأمير، وفي مقابل التمتع بهذه الحقوق عليه الالتزام بتنفيذ خدمات المرفق العام على أحسن وجه طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد، كما عليه الالتزام بكافــة المبادئ التي تحكم المرافق العامة من مبدأ المســاواة، ومبدأ اســتمرار الخدمة فلا يمكــن له أن يتوقف عن أداء الخدمة إلا في حالة القــوة القاهرة La force Majeur، كما عليــه الالتــزام بما تمليه عليــه الإدارة فيما يتعلق بتكييف المرافــق العامة ولكن في حدود النظام القانوني للعقد .

- حقوق المنتفعين قبل الملتزم:

لأن المتعاقد يدير مرفقاً عاماً ويخضع لقواعد ســير المرافــق العامة فمن حق المنتفعين متى توافــرت شروط الانتفاع التمتع بالخدمات التي يقدمهــا الملتزم وفقاً للشروط المتفق عليهــا في عقد الالتزام، هــذا ومن حق المنتفعين حال الإخلال بتقديــم الخدمة من الملتزم طلــب التدخل من قبــل الجهة الإدارية لإجبار الملتزم على تقديــم الخدمة وفقاً لشروطها، وإن لم تتدخــل الإدارة فمــن حق المنتفعين الطعن على قراراتهــا بالإلغاء، غير أنه إن جرت منازعة بين المنتفعين بالمرفق والملتزم كانت منازعة عقدية بين شخصين من أشخاص القانون الخاص[(١٨٠)].

ومن تطبيقــات عقد الالتزام في المملكة عقد الالتزام بين الحكومة الســعودية والشركة الســعودية للنقل الجماعي وكان آخــر تجديد لهذا العقد بقرار مجلــس الوزراء رقم ٢٥٤ وتاريخ ١٤٣٤/٧/٢٤هـ[(١٨١)].

---

(١٨٠) لمزيد من التفاصيل راجع د. ماجد الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٩٧ وما بعدها، وراجع د. محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص ٥٠٥ وما بعدها.

(١٨١) وقــد جــاء في هذا القرار: « إن مجلــس الوزراء بعد الاطلاع على المعاملة الواردة مــن الديوان الملكي برقم ٢٣٤١٧ وتاريخ ١٤٣٤/٦/٢١هـ المشــتملة على خطاب معالي وزير النقل رقم ٢٠٢/١ وتاريخ ١٤٣٤/١/٢٥هـ في شأن طلب الموافقة على تمديد عقد التزام الشركة السعودية للنقل الجماعي لمدة ثلاث سنوات من تاريخ نهاية عقدها،

ثانياً-عقد امتياز أو استثمار الموارد الطبيعية:

من العقود المهمة والخطيرة عقود استثمار الموارد الطبيعية للدولة، ومن ثم وجب أن تحاط هذه العقود بمجموعة من الضمانات حماية للصالح العام، فالموارد الطبيعية هي عصب الدولة وعليها تقوم في كثير من الأحيان مقدراتها الاقتصادية لذلك تتولى الدساتير والقوانين تنظيم هذا العقد، لذلك فقد اهتمت بذلك الأنظمة الأساسية في المملكة حيث نص النظام الأساسي للحكم في المملكة ذي الرقم: أ /٩٠ بتاريخ: ١٤١٢/٨/٢٧هـ في المادة الخامسة عشرة منه على أنه «لا يجوز منح امتياز أو استثمار مورد من موارد البلاد العامة إلا بموجب نظام»[١٨٢]، وهو ما قرره نظام مجلس الشورى الصادر بالأمر الملكي ذي الرقم: أ / ٩١ بتاريخ: ١٤١٢/٨/٢٧هـ في المادة الثامنة عشرة بنصه على أن «تَصدُر الأنظمة، والمعاهدات، والاتفاقيات الدولية، والامتيازات، وتُعدَّل، بموجب مراسيم ملكية بعد دراستها من مجلس الشُورى»[١٨٣].

وبعد الاطلاع على المادة (١٩) من نظام مجلس الوزراء، الصادر بالأمر الملكي رقم (أ/١٣) بتاريخ ١٤١٤/٣/٣هـ.
وبعد الاطلاع على نظام النقل العام على الطرق بالمملكة العربية السعودية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٥) وتاريخ ١٣٩٧/٦/٢١م.
وبعد الاطلاع على المرسوم الملكي رقم (م/١١) وتاريخ ١٣٩٩/٣/٧هـ القاضي بالموافقة على الترخيص بتأسيس الشركة السعودية للنقل الجماعي.
وبعد الاطلاع على المرسوم الملكي رقم (م/٤٨) وتاريخ ١٣٩٩/١٢/٢٣هـ القاضي بمنح الشركة السعودية للنقل الجماعي التزام نقل الركاب بالحافلات على شبكة الطرق العامة بالمملكة، داخل المدن وفيما بينها لمدة خمس عشرة سنةً هجرية.
وبعد الاطلاع على قرار مجلس الوزراء رقم (١٤٨) وتاريخ ١٤٢٩/٥/٢١هـ القاضي بالموافقة على تمديد عقد الالتزام المبرم بين الحكومة والشركة السعودية للنقل الجماعي، وذلك لمدة خمس سنوات قابلة للتمديد اعتباراً من تاريخ ١٤٢٩/٧/١هـ.
وبعد الاطلاع على قراري مجلس الوزراء رقم (١٧٤) وتاريخ ١٤٣٣/٦/٢هـ ورقم (٣٧٣) وتاريخ ١٤٣٣/١١/١٥هـ.
وبعد الاطلاع على توصية اللجنة الدائمة للمجلس الاقتصادي الأعلى رقم (٣٤/١٩) وتاريخ ١٤٣٤/٦/١١هـ.
وبعد الاطلاع على توصية اللجنة العامة لمجلس الوزراء رقم (٤٥٦) وتاريخ ١٤٣٤/٧/١هـ يقرر:
تمديد عقد الالتزام المبرم بين الحكومة والشركة السعودية للنقل الجماعي الصادر في شأنه المرسوم الملكي رقم (م/٤٨) وتاريخ ١٣٩٩/١٢/٢٣هـ وذلك لمدة ثلاث سنوات اعتباراً من تاريخ ١٤٣٤/٧/١هـ على أن يكون للجنة المختصة (هيئة النقل العام أو وزارة النقل) الحق – خلال هذه المدة – في تقليص النطاق المكاني لجزء من عقد الالتزام بحسب مراحل فتح باب المنافسة لتقديم خدمة النقل العام بالحافلات بين المدن في المملكة». راجع جريدة أم القرى بتاريخ الجمعة ١١ رمضان ١٤٣٤هـ الموافق ١٩ يوليو ٢٠١٣، العدد ٤٤٧١، السنة ٩١.

(١٨٢) نشر بجريدة أم القرى بتاريخ ١٤١٢/٩/٢هـ الموافق ٦ /٣/ ١٩٩٢، السنة ٦٩ العدد٣٣٩٧.

(١٨٣) نشر بجريدة أم القرى بتاريخ ١٤١٢/٩/٢هـ الموافق ٦ /٣/ ١٩٩٢، السنة ٦٩ العدد٣٣٩٧.

وهو ما نصت عليه المادة العشرون من نظام مجلس الوزراء ذي الرقم أ / ١٣ وتاريخ ١٤١٤/٣/٣هـ بأنه «مع مراعاة ما ورد في نظام مجلس الشورى، تصدر الأنظمة، والمعاهدات، والاتفاقيات الدولية والامتيازات، وتُعدَّل بموجب مراسيم ملكية بعد دراستها من مجلس الوزراء»[(١٨٤)].

ولا شــك في طبيعة هذا العقد الإدارية، إلا أن الخلاف كان حول التســمية الدقيقة التي يجــب أن تطلــق عليه فهل هو عقد امتياز مرافق عامة؟ أم هو عقد امتياز أشــغال عامة؟ أم هو عقد إداري آخر؟ وذلك لأن الثروات والمعادن لا تشــكل مرفقاً بالمعنى التقليدي، كما أن المعنــى التقليــدي للامتياز أنه مشروع يهدف إلى تحقيق نفع عــام تكون الكلمة الأولى والأخــيرة فيه للدولة، كما أن صاحب الامتيــاز لا يقدم خدمات للجمهور، ولا يتقاضى منهم رسوماً، لذلك يقول البعض أن عقد الامتياز هذا لا يعد امتياز مرافق عامة، ولا امتياز أشغال عامة، وإنما هو عقد إداري متميز رغم اشتراكه في التسمية مع عقود الامتياز [(١٨٥)].

وأعتقــد أن هذا العقد هو صورة من عقود الامتياز ولكن بما يتفق مع طبيعته، فلا شــك أنه يقدم خدمة عامة، ويتقاضى عنها رسوماً تتمثل فيما يحصل عليه من الأرباح بالشكل المتفق عليه.

ومن تطبيقات ذلك العقد في المملكة ولتبيان طريقة عمل الامتياز بشــكل أكثر تفصيلاً نسوق وعلى سبيل المثال عقد امتياز شركة (أرابيان شيلد دفلوبمنت) امتياز تعدين لاستغلال منجم المصانع الواقع جنوب المملكة لمدة ثلاثين عاماً والذي صدر بالمرسوم الملكي رقم م/١٧ بتاريخ ١٤١٣/١٢/١هـ[(١٨٦)].

---

(١٨٤) نشر بجريدة أم القرى بتاريخ ١٠ /٣/ ١٤١٤هـ الموافق ٢٧ /٨/ ١٩٩٣، السنة ٧٠، العدد، ٣٤٦٨.

(١٨٥) راجع د. ماجد الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٠٤.

(١٨٦) راجــع جريــدة أم القــرى، ٢٨ /١٢/ ١٤١٣ هـ الموافق ١٨ /١٩٩٣/٦،العدد٣٤٥٨ الســنة،٧٠، ص ١وجاءت مقدمته «بعون الله تعالى :

نحن فهد بن عبد العزيز آل سعود

ملك المملكة العربية السعودية

بعد الاطلاع على المادة (١٥)من النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم (أ/٩٠) وتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧هـ.

وبعد الاطلاع على المادة التاسعة عشرة من نظام مجلس الوزراء الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٨) وتاريخ ١٣٧٧/١٠/٢٢هـ.

وبعــد الاطلاع على نظام التعدين الصادر بالمرســوم الملكي رقم/٢١ وتاريــخ ١٣٩٢/٥/٢٠هـ (ملاحظة ألغي هذا النظام بنظام الاســتثمار التعديني الصادر بالمرســوم الملكي رقم م/٤٧ وتاريخ ١٤٢٥/٨/٢٠ هـ ونشر في جريدة أم القرى بتاريخ ٨ /٩/ ١٤٢٥هـ الموافق ٢٢ /١٠/ ٢٠٠٤ م، السنة ٨١ العدد، ٤٠١٥).

وبعد الاطلاع على قرار مجلس الوزراء رقم ١٣٧ وتاريخ ١٤١٣/١١/٥هـ.

وجاء صك الامتياز على النحو التالي [١٨٧]:

تمهيد: يمنح هذا الامتياز بموجب نظام التعدين الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٢١ في ١٣٩٢/٥/٢٠هـ ويكون خاضعًا لجميع أحكامه واللوائح والتعليمات المنفذة له وأية تعديلات تطرأ على ذلك.

هـذا وقد اعتـبرت المادة الأولى أن التمهيد السـابق جـزء لا يتجزأ من هـذا الامتياز، وأعطت المادة الثانية معانٍ للاصطلاحات المسـتخدمة فيه فنصت على أن «يكون للكلمات والاصطلاحات التالية المعانٍي المخصصة لكل منها ما لم يكن سياق اللفظ مخالفاً لهذا المعنى:

(١) (النظام) يقصد به نظام التعدين الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٢١ في ١٣٩٢/٥/٢٠هـ.

(٢) (حامل الامتياز) يقصد به شركة أرابيان شيلد دفلوبمنت (المنشأة بموجب أنظمة الولايات المتحدة الأمريكية، ومركزها الرئيسي في مدينة دالاس في ولاية تكسـاس الأمريكية) أوأي شخص آخر طبيعي أو اعتباري يتم تحويل الحقوق الممنوحة بموجب هذا الامتياز إليه وفقاً لأحكام المادة (٤٩) من النظام.

(٣) (المعـادن) يقصد بها أية خامات معدنية طبيعية يمنح بالنسـبة لها حامل هذا الامتياز حق الاستغلال.

(٤) (منطقة الامتياز) يقصد بها المنطقة التي يشـملها هذا الامتياز والكائنة بمنطقة منجم المصانع في جنوب المملكة العربية السـعودية والبالغة مسـاحتها أربعة وأربعون كيلو متراً مربعاً كما هي مبينة في الخريطة المرفقة بهذا الامتياز (ملحق رقم١) والتي بمقتضى هذه الإشارة تعتبر جزءاً لا يتجزأ من هذا الامتياز.

(٥) (المنتجات) يقصد بها المعادن التي تتم معالجتها بأي طريقة كانت.

(٦) (سنة وشهر) يقصد بهما على التوالي السنة التقويمية والشهر التقويمي من العام الهجري.

(٧) (الوزارة) يقصد بها وزارة البترول والثروة المعدنية في المملكة العربية السعودية».

رسمنا بما هو آت:

أولاً: منح شركة (أرابيان شيلد دفلوبمنت) امتياز تعدين لاستغلال منجم المصانع الواقع جنوب المملكة لمدة ثلاثين عاماً وفقاً لنظام التعدين الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٢١ وتاريخ ١٣٩٢/٥/٢٠هـ وحسب صك الامتياز المرفق.

ثانياً: على سمو نائب رئيس مجلس الوزراء والوزراء كل فيما يخصه تنفيذ مرسومنا هذا .،،،

(١٨٧) نقلًا عن موقع (محامو المملكة العربية السعودية)، http://www.mohamoon-ksa.com

وحـددت المـادة الثالثة المعـادن التي يشـملها الامتياز فنصت على أن «يشـمل هذا الامتياز النحاس والزنك والرصاص والمعادن المصاحبة في الخام مثل الذهب وخلافه باستثناء المعادن المشعة والمعادن المستثناة بموجب المادة (٢) من نظام التعدين.» أما المادة الرابعة والخامسـة عشرة والسادسـة عشرة والحادية والعشرين فقد بينت حقوق صاحب الامتياز فنصـت المـادة الرابعة عـلى أن "يخول هذا الامتيـاز لحامله الحق الانفـرادي في أن ينتج ويسـتثمر كل أو بعض المعادن المنصوص عليها في المـادة الثالثة وذلك عن طريق التنقيب والتعديـن والصقل والتركيز والصهر والتنقية، وأن يحمل وينقل ويصدر ويبيع تلك المعادن سـواءً في حالتها الأصلية أو بعد تنقيتها، وأن يبني ويشـغل ويصون جميع المناجم والمباني والمعامل والسـكك الحديدية والطرق العامة وخطوط الأنابيـب ومصانع التكرير ومعامل التصنيع وأجهزة المواصلات ومعامل القوى وغيرها من المرافق الضرورية أو المناسبة لتحقيق أغـراض الامتياز، ويكون التمتع بجميع هذه الحقـوق خاضعاً لأحكام نظام التعدين وغيره مـن الأنظمة المعمول بها" وجاءت المادة الخامسـة عشرة لتبين وتحـدد حقوق الملتزم في تصدير وبيع إنتاجه فنصت على أن يكون «لحامل الامتياز كافة الحقوق المكفولة له بموجب نظـام التعديـن فيما يتعلـق بتصدير وبيع إنتاجـه أو أي جزء منه شريطـة أن يحتفظ في جميـع الأوقات للدولة بحق الأسـبقية إذا رغبت في شراء كامـل الذهب المنتج أو أي جزء منـه، وكذلك الأولوية في شراء كمية أقصاها عشرة بالمائة (١٠٪) من كمية الإنتاج السـنوي للمعادن الأخرى المنتجة وذلك بنفس الشروط المتاحة للمشترين الآخرين في ذلك الوقت.

ولغرض الاحتفاظ للدولة بالحقـوق والأولويات المذكورة في هذه المادة فإنه يتعين على حامـل الامتياز أن يشـعر الوزارة كتابة بكميات الإنتاج التي يرغـب بيعها قبل وقت كافٍ في كل سـنة وتقوم الوزارة بالإفصاح عن رغبـة الدولة في الشراء بمقتضى إخطار كتابي يوجه لحامل الامتياز في غضون الثلاثة أشهر التي تسبق بداية كل سنة مالية لحامل الامتياز».

وفي حـق الملتزم في اختيـار من يتعامل معهم نصت المادة السادسـة عشرة على أن «يكـون لحامل الامتيـاز الحق في اختيار الموردين والمقاولين بـشرط أن يعطي الأفضلية للمورديـن والمقاولـين السـعوديين في حالة اسـتطاعتهم توفير مـواد وخدمات مماثلة وبشروط مقبولة».

وأخــيراً نصت المادة الحادية والعشرون على أن «تكون جميع المعدات التي يقوم حامل الامتياز باســتيرادها من أجل تنفيذ هذا الامتياز معفاة من رسوم الوارد والصادر وما لم يتم بيعها داخل المملكة العربية السعودية فإنه يجوز لحامل الامتياز أن يعيد تصديرها للخارج، وإذا بيعت داخل المملكة فإن الرســوم الجمركية الواجبة الدفع عليها تقدر بحســب قيمة المعدات وقت بيعها وعلى ضوء حالتها حينئذ».

أما عن التزامات الملتزم فقد تضمنتها العديد من المواد حيث نصت المادة السابعة على أن «يلتزم حامل الامتياز بتنفيذ برنامج العمل ملحق رقم (٢)[(١٨٨)]، وأن يقدم للوزارة تقارير مرحلية وتقارير دورية وذلك على النحو التالي:

١- تقارير مرحلية نصف سنوية خلال مرحلة الإنشاء وحتى بدء عمليات الإنتاج يوضح فيها تقدم سير العمل وملخصاً للمصاريف المالية.

---

(١٨٨) ملحق رقم (٢) برنامج العمل في المشروع بعد منح الامتياز سوف يكون كالآتي:

١- من الشهر الأول لآخر الشهر الرابع:-

التمويـل الكامـل للمـشروع وتهيئـة جميـع التصاميـم الهندسـية والفنيـة حسـب دراسـة الجـدوى الاقتصادية واختيار أنسب الطرق لتنفيذها ثم طرحها للمناقصة لدى الشركات العالمية المختصة.

٢- من الشهر الخامس لآخر الشهر التاسع:

أ- اختيار أحســن التصاميم لمصنع تكثيف النحاس والزنك ومصنع اســتئصال الذهب والفضة، ثم اختيار المقاولين لهذا الغرض.

ب- تمهيــد أماكن مصانع التكثيف والاســتئصال ومســاكن الموظفين والعمال ومحطة الكهرباء والمــاء وجميع التجهيزات الأساسية الأخرى.

ج- البدء في بناء مصنع التكثيف والاستئصال وبناء جميع التجهيزات الأساسية كالماء والكهرباء وغيرها.

د- البدء في تشييد حوض النفائل.

هـ- البدء في بناء مساكن ومطاعم ومراكز الترفيه للعمال والموظفين وكذلك المكاتب والمختبرات.

٣- من الشهر العاشر لآخر الشهر الحادي والثلاثين:-

تكملة بناء جميع المرافق والمصانع التابعة للمشروع.

٤- من الشهر الثاني والثلاثين لآخر الشهر الخامس والثلاثين:

البدء بالإنتاج التجريبي اعتبارًا من الشهر الثاني والثلاثين ولغاية الشهر الخامس والثلاثين.

٥- من الشهر السادس والثلاثين:

البدء بالإنتاج التجاري وذلك بتعدين ما لا يقل عن ألف وخمســمائة طن من الخام يوميًّا وســوف يرتفع الإنتاج ويستمر بأقصى سرعة ممكنة وبأقصى نســبة يبررها حجم الرواســب وظروف السوق مع المحافظة في نفس الوقت على مقتضيات السلامة ومنع التبذير.

٢- تقارير دورية سنوية خلال مرحلة التشغيل والإنتاج، تشتمل على كافة البيانات والإحصائيات المتعلقة بالتشغيل والإنتاج، وأية تعديلات أو مقترحات مستقبلية على برنامج التشغيل والإنتاج أو برنامج البحث والتنقيب وتقدم التقارير في موعد أقصاه شهر من انتهاء الفترة التي يتعلق بها التقرير.

كما أن على حامل الامتياز أن يزود الوزارة بجميع المعلومات التي تتوفر لديه والتي قد تطلبها الوزارة من وقت لآخر. وتتخذ الوزارة الاحتياطات المناسبة لمنع تسرب تلك المعلومات والتقارير إلى أطراف ثالثة حماية لمصالح حامل الامتياز التجارية».

وأضافت المادة الثامنة أن «يلتزم حامل الامتياز بتنفيذ جميع عمليات التعدين المشمولة بهذا الامتياز وفقاً للطرق الفنية الحديثة المناسبة اقتصادياً والمعترف بها في صناعة التعدين. ويجب أن يمارس جميع العمليات بالشكل الذي يحول دون تبذير المصادر الطبيعية وضياعها وبالصورة التي تحفظها من الأضرار. كما ينبغي ألا يقتصر إنتاج الخامات على استخراج المعادن المنتجة فقط أو استغلال الأنواع الأفضل فحسب وإهمال المعادن الأخرى.

كما يلتزم حامل الامتياز باتخاذ كافة الوسائل والاحتياطات اللازمة خلال جميع عمليات الإنتاج للحفاظ على البيئة وحمايتها من أي فضلات خطرة أو أي أضرار بيئية أخرى، وذلك طبقاً لأنظمة ولوائح حماية البيئة المعمول بها في المملكة العربية السعودية، وحيثما تؤدي العمليات إلى الإضرار بسطح الأرض فإنه ينبغي إعادتها قدر الإمكان إلى حالتها الطبيعية».

وأيضاً نصت المادة التاسعة على أن «يلتزم حامل الامتياز بتنفيذ عملياته بكل سرعة ودقة تحت الإشراف العام للوزارة ووفقاً لبرنامج العمل كما يلتزم أيضاً بإنتاج المعادن المحددة في هذا الامتياز وأن يحافظ على استمرار الإنتاج بأقصى معدل ممكن يبرره حجم الرواسب المعدنية وظروف السوق. كما يلتزم حامل الامتياز بالمحافظة على مقتضيات السلامة ومنع التبذير».

وجاءت المادة العاشرة لتضيف مزيداً من الالتزامات فنصت على أن «يلتزم حامل الامتياز بإعطاء الأولوية في التوظيف للمواطنين السعوديين الذين تتوافر فيهم الشروط المطلوبة لشغل الوظائف. كما يلتزم بمراعاة نسبة توظيف السعوديين ونسبة أجورهم وفق ما يحدده وزير العمل والشؤون الاجتماعية بقرار منه بالاتفاق مع وزير البترول والثروة المعدنية.

وعلى حامــل الامتياز أن يعد وينفذ برنامجاً خاصاً، لتدريب الموظفين الســعوديين على مختلف الأعمال المتعلقة بالمشروع بما في ذلك التدريب على الأعمال الإدارية والفنية».

وكذلــك نصت المــادة الحادية عشرة عــلى أن «يلتزم حامل الامتياز بتأمين الحراســات اللازمــة على كافة منشــآته بمنطقــة الامتياز وفــق القواعــد والإجــراءات المتبعة في هذا الخصوص».

وأيضاً نصت المادة الثانية عشرة على أن «يلتزم حامل الامتياز بأن يتحمل كافة النفقات اللازمة لإنشاء جميع التجهيزات الأساسية للمنجم من طرق وكهرباء وماء وسدود وغيرها من المرافق اللازمة لتنفيذ أعماله ويتعهد ببذل قصارى جهده لتطوير وتنمية منطقة الامتياز».

ولأهميــة هذه العقود فــإن مزيداً من الالتزامــات يتضمنها هذا العقــد فبالإضافة لما ســبق نصت المادة الســابعة عشرة على أن «يلتزم حامل الامتياز بتعيين مراقب حســابات قانوني يتم اختياره من بين مراقبي الحســابات القانونيين الســعوديين المصرح لهم بالعمل في المملكة لمراجعة حســابات الشركات المســاهمة، كــما يلتزم بتعيين الجهــاز المالي اللازم لإعداد البيانات المالية ومســك الدفاتر، وأن يحتفظ داخل المملكة بحسابات نظامية لكافة المصاريف والإيرادات وفقاً للأســس والأصول المتبعة في عمليات التعدين التجارية وأن يزود الوزارة بتقرير مراقب الحســابات القانوني، وأي تقارير أخرى تطلبها الوزارة.“ ونصت المادة الثامنة عشرة على أن ”يتعهد حامل الامتياز بأن يســدد كامل مبلغ القرض الذي ســبق أن منــح بموجب العقد المبرم مع وزارة المالية والاقتصاد الوطني بتاريخ ١٣٩٩/٢/٠٦هـ والبالغ قــدره أحد عشر مليون دولار أمريــكي وفقاً للشروط التي تم الاتفاق عليها مع وزارة المالية والاقتصاد الوطني».

كذلك نصت المادة التاســعة عشرة عــلى أنه «مع عدم المســاس بالإعفاء الضريبي عن المدة الأولى المنصوص عليها في المادة (٤٦) من نظام التعدين يلتزم حامل الامتياز بأن يدفع للدولة ضرائب الدخل بموجب أنظمة ضريبة الدخل السارية المفعول».

وأخــيراً جاءت المادة العشرون لتنص على أنه «عندما تتأكد ربحية المشروع يلتزم حامل الامتياز بتأســيس شركة سعودية مساهمة مع المؤسســة العامة للبترول والمعادن (بترومين) لتملك المشروع ويســاهم حامل الامتياز بنســبة ٥٠٪ من الأســهم وبترومين بنسبة لا تزيد

عن ٢٥٪ منها ويطرح الباقي للاكتتاب العام وينقل الامتياز للشركة المساهمة وعلى الوزارة متابعة تنفيذ ذلك».

أما عن مدة العقد فقد حددتها المادة الخامسة فنصت على أن «مدة هذا الامتياز المبدئية ثلاثون عاماً ابتداءً من تاريخ صدور المرسوم الملكي الذي بموجبه يمنح هذا الامتياز، ويكون لحامل الامتياز الحق في تمديد أو تجديد مدة الامتياز عند انتهاء مدته المبدئية لفترة أو فترات أخرى لا يتجاوز مجموعها عشرين عاماً أخرى، وذلك مع عدم الإخلال بأحكام النظم التي تكون نافذة عند التجديد أو التمديد، وأن يكون حامل الامتياز قد أوفى بجميع التزاماته المنصوص عليها في هذا الامتياز، وفي نظام التعدين واللوائح والتعليمات المنفذة له ولكل تعديل يطرأ على ذلك». وجاءت المادة السادسة لتحدد المقابل المالي من صاحب الامتياز فنصت على أن «يدفع حامل الامتياز للوزارة إيجاراً سنويا قدره عشرة آلاف ريال سعودي عن الكيلومتر المربع أو الجزء منه في السنة أو الجزء من السنة عن المنطقة التي يشملها هذا الامتياز، ويكون دفع الإيجار عن كل سنة مقدماً ويتم الدفع عن السنة الأولى عند صدور المرسوم الملكي المانح للامتياز».

وللتأكد من قيام صاحب الامتياز بالتزاماته بالشكل الصحيح فقد نصت المادة الثالثة عشرة على أن «تحتفظ الوزارة بحق الدخول إلى منطقة الامتياز للتأكيد من أن حامل الامتياز ينفذ التزاماته بالطرق الصحيحة والمتفق عليها، ولها في هذا السبيل أن ترسل ممثلين عنها للدخول إلى منطقة الامتياز، والاطلاع على أعمال الاستغلال الجارية وعلى حامل الامتياز أن يتعاون مع الوزارة وممثليها وأن يقدم كل مساعدة ممكنة في هذا السبيل.

وللوزارة الحق بأن تقوم بالأعمال التي تراها لازمة في منطقة الامتياز بشرط ألا تعوق هذه الأعمال بشكل جدي عمليات حامل الامتياز».

وجاءت المادة الثانية والعشرون لتحدد طرق حل منازعات هذا العقد فنصت على أن «أي خلاف ينشأ بين الوزارة وحامل الامتياز يتعلق بهذا الامتياز ولا يمكن تسويته بالتفاهم الودي تتم تسويته وفقاً للأنظمة السعودية».

وأخيراً لأهمية هذه العقود وخطورتها فقد حددت المادة الثالثة والعشرون بشكل حاسم أنه «لا يجوز تفسير أي نص في هذا الامتياز بما يفيد تمليك حامل الامتياز لأي جزء من الأرض

الواقعة ضمن منطقة الامتياز أو منحه أية حقوق أخرى خلاف ما نص عليه صراحة في هذا الامتياز ونظام التعدين».

ثالثاً- عقد الامتياز المتطور:

أ- تعريف عقد الامتياز المطور:

يعــرف هذا العقــد بعقد البوت، ويرمز لــه اختصاراً بالحــروف B.O.T.، وتعني البناء Build، والتشــغيل operate، والتحويل Transfer، وقد عرفته لجنة الأمم المتحدة للقانون النموذجي (الانســترال) بأنه شكل من أشــكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما - لفترة من الزمن- أحد الاتحادات المالية الخاصة ويدعى شركة المشروع امتيازاً لصوغ مشروع معين؛ وعندئذ تقوم شركة المشروع ببنائه وتشــغيله وإدارته لعدد من الســنوات وتســترد تكاليف البناء وتحقق أرباحاً من تشغيل المشروع واستغلاله تجارياً، وفي نهاية مدة الامتياز، تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة[١٨٩].

يتضح مما ســبق أن عقد البوت تتحدد أطرافه الرئيســة في الحكومة، وشركة المشروع، والحكومــة هي الجهة مانحة الامتياز وهي التي تقوم بمتابعة عمليات الإنشــاء، والتفتيش الرقابي للتأكد من قيام شركة المشروع باتباع الشروط والمواصفات المنصوص عليها، وإلا كان للدولــة أن تقوم بتوقيع الجــزاءات العقدية، والطرف الثاني هو شركــة المشروع التي تقوم بتنفيذ العقد حســب الاتفــاق المبرم، وهي تقوم بمجموعة أعــمال، فبالإضافة إلى التفاوض مع الحكومة تقوم بالتفاوض مع المقاولين الذين يتولون إنشــاء وتشــييد المشروع، وكذلك التفــاوض مع الموردين، والتفــاوض مع البنوك الممولة، وغير ذلك حســب طبيعة كل عقد وطبيعة ما تقوم به الشركة صاحبة المشروع[١٩٠].

ويــبرم التعاقد بــين الحكومة وشركة المشروع من خلال طرح العطاء واختيار المســتثمر طبقاً للشروط المعلنة.

---

(١٨٩) راجع د. هاني صلاح الدين، الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساســية، محاضرات ملقاة بمركز البحوث والدراسات الإداريــة بكلية الحقوق جامعــة القاهرة، في الفترة من ٢/١٢/: ٢٠٠٠/٢/١٥ م ص ٥، وراجع د. أحمد ســلامة بدر، العقــود الإداريــة وعقد البوت، دار النهضة العربية،٢٠٠٣، ص ٣٥٦ وما بعدها، وراجع د. إبراهيم الشــهاوي، عقد امتياز المرفق العام، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، منشورة بتاريخ ١٤٢٤ هـ ٢٠٠٣، ص ٤٥.

(١٩٠) راجع د. أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص ٣٧٣،٣٧٢.

ب- أشكال عقد البوت[١٩١]:

هذا العقد يأخذ في التطبيقات العملية عدة أشكال بيانها فيما يلي:

- عقود البناء والتملك والتشغيل والتحويل Build، ownership، Operate، and Transfer (B.O.O.T) وهي تعني قيام المســتثمر ببناء المشروع، على حســابه الخاص، مع تملكه له، وقيامه بتشغيل المرفق لحسابه الخاص، على أن يعود المشروع بعد المدة المتفق عليها بين المســتثمر والحكومة، إلى جهة الإدارة، ويقتصر دور الدولــة أثناء فترة قيام المشروع على مراقبته والإشراف عليه بما يضمن تحقيق الشروط المتفق عليها .

- عقود البنــاء والتملك والتشــغيل (Build، ownership، Operate (B.O.O. هذا النوع كسابقه إلا أنه لا يتم تحويل المشروع إلى الدولة وإنما بعد انتهاء المشروع إما أن يتجدد الالتزام، وإما تعويض المســتثمرين عن حصص الملكية، وفي هذه الحالة تســتطيع الدولة إدارة المشروع بنفسها، أو إسناده لشركات أخرى.

- عقود التصميم والبناء والتمويل والتشغيل Design ، Build ، Finance ، Operate

(D.B.F.O) هذا النوع من العقود يقوم فيه المســتثمر بتصميم المشروع وبنائه، مع تمويله بالاتفاق مع أحد البنوك ســواءً في الداخل أو الخارج، مع القيام بتشغيله لحسابه الخاص، وفي هذا العقد أيضاً فإن المستثمر لا يلتزم بنقل المشروع ويبقى أمام الحكومة إما تجديد الامتياز أو تعويض المستثمر .

- عقود البناء والنقل (Build، Transfer (B.T. في هذه العقود يتعهد المستثمر بالبناء ثم يقوم بتحويل المشروع لملكية الدولة لتقوم الدولة بعد ذلك إما بإدارة المشروع بنفســها، أو إبرام عقد جديد معه لتشغيل المشروع، أو إسناده لمستثمر آخر.

- عقود البناء والنقل والتشــغيل (Build، Transfer،Operate(B.T.O. هذا العقد كسابقه إلا أنه يفترق عنه في أن هذا العقد يقوم فيه المتعاقد بعد نقل ملكيته بتشــغيل المشروع لفترة معينة يتم الاتفاق عليها، وبعد نهايتها تعود سلطات تشغيل المشروع للحكومة .

---

(١٩١) راجــع د. محمــد أنس جعفر، العقود الإداريــة، دار النهضة العربية،٢٠٠٣، ص ٧٤، ود. أحمد ســلامة بدر، مرجع سابق، ص ٣٥٨ وما بعدها.

- عقود البناء والتمويل والنقل (.Transfer, Build, Finance (B.F.T في هذه العقود يقوم المســتثمر ببناء المشروع، مع تمويله، ونقله للحكومة، ثم تقوم الحكومة بســداد تكلفته للمستثمر على أقساط يتم الاتفاق عليها بينه وبين الحكومة.

- إعــادة التأهيل والامتــلاك والتشــغيل (.Rehabilitate, Owen, Operate (R.O.O في هذه العقود يقوم المتعهد بتجديد مشروع قائم، مع امتلاكه والقيام بتشغيله مع حصول الحكومة على مقابل امتلاكه له، أو حسب ما يتفق عليه في العقد.

- إعادة التأهيل والامتلاك والتشغيل والنقل Rehabilitate، Owen، Operate، Transfer (.R.O.O.T) في هذه العقود كســابقتها يقوم المتعهد بتجديد مشروع قائم، مع امتلاكه والقيام بتشــغيله، إلا أنه في هذه العقود يلتزم المســتثمر بنقل ملكية المشروع بعد فترة محددة إلى الحكومة .

- عقــود البناء والتأجير والنقــل (.Build, Lease, Transfer (B.L.T في هذه العقود يقوم المســتثمر ببناء المشروع مع قيام الحكومة بتأجــيره له لفترة معينة، ثم يعود المرفق بعد ذلك إلى ملكية الحكومة .

بهذا الشكل فإنه يمكن إيجاد أنواع عديدة من هذه العقود وذلك حسب طبيعة الاتفاق المــبرم بين شركة المــشروع وبين الحكومة، ولا ريــب أن هذه المشروعــات تتعلق معظمها بالمرافق الاقتصادية للبنية الأساســية التي يمكن أن تدر ربحاً لشركة المشروع وتقوم بتسديد نفقاته بعيــداً عن تمويل الحكومة وذلك كمشروعات الكبــاري والأنفاق بين مناطق يحول بينهــا عائق مائي أو جبلي، أو اســتغلال المناجم التي تحتاج إلى نفقــات يصعب القيام بها بدون تلك الشركات، أو إقامة موانئ ومطارات، أو منتجعات سياحية، أو مشروعات الطاقة الكهربائية، أو مشروعات الاتصالات والتقنيات الحديثة وغير ذلك من المشروعات[١٩٢].

ج- التكييف القانوني لعقد البوت[١٩٣]:

يتنازع التكييف القانوني لعقود البوت اتجاهات ثلاثة نعرضها كما يلي:

---

(١٩٢) راجع في ذلك تفصيلًا د. أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص ٣٦١، ٣٦٢.

(١٩٣) راجع د. أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص ٣٨٣وما بعدها. وراجع د. محمد أنس جعفر، مرجع سابق، ص ٧٩،٨٠، ود. سامي عبد الباقي صالح، الضمانات القانونية في تنفيذ عقد البوت، محاضرات ألقيت في مركز البحوث والدراسات القانونية بحقوق القاهرة في ١٣، ١٤ أكتوبر ٢٠٠١، ص ٩ وما بعدها.

- الاتجاه الأول: يرى في عقود البوت أنها عقود إدارية، لأنها تستجمع الشروط اللازمة لتوافر صفة العقد الإداري، فأحد أطراف العقد هو الإدارة العامة، وثانياً يتعلق العقد بمرفق عام، وثالثاً فإن العقد يحتوي على شروط استثنائية، وبالتالي فهو عقد من العقود الإدارية، فهو بالتحقيق امتداد لعقد التزام المرافق العامة.
- الاتجاه الثاني: يرى في عقود البوت عقوداً مدنية لأنها من وجهة نظرهم لا تظهر فيها سلطات الإدارة بشكل واضح كالعقود الإدارية، وأن هذه العقود تقوم على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، كما أن نظام الاقتصاد الحر بما ينتهجه من سياسة الخصخصة يلزم أن تتخلى الإدارة عن سلطاتها وأن تتعامل مع هذه الشركات تعامل الأفراد لا تعامل السلطة.
- الاتجاه الثالث: يرى في هذه العقود أنها ذات طبيعة خاصة وأنها وإن كانت جذورها تعود إلى عقد الامتياز، فإن هناك فروقاً جوهرية بينهما، فعقود البوت تبرم بعد مفاوضات شاقة بين الطرفين، وقد فرضت طبيعتها هذه ضرورة وضع قواعد خاصة بها تتعلق بملكية الأرض التي يقام عليها المشروع، ومدى تحويل الأموال التي يحققها المشروع للخارج، وكيفية تسوية النزاع الحاصل بين الدولة وشركة المشروع، وكيفية إعادة المشروع للدولة وغير ذلك من الأحكام التي فرضتها طبيعة تلك العقود، وبالتالي فإن الحكم على طبيعة تلك العقود لا يتأتى بشكل عام، وإنما بعد دراسة كل عقد على حده.

من وجهة نظري فإن عقود البوت سواءً بالمعنى الاصطلاحي المحدد بالشروط الفقهية والقضائية تستجمع عناصر العقد الإداري فهي من العقود الإدارية، إذ إن أحد أطراف العقد هو الإدارة العامة، وأنها تتعلق بمرفق عام، وثالثاً تحتوي على شروط استثنائية، فهي بالتالي تعد عقوداً إدارية، أما بالمعنى الذي أراه فهي عقود إدارية إذ تتعلق بالمصلحة العامة، ولا سيما وقد تتعلق أحياناً بمرافق حيوية في الدولة.

د- مزايا عقود البوت[١٩٤]:

يمكن إجمال فوائد استخدام نظام البوت للحكومة في الفوائد التالية:

- تخفيف العبء عن الموارد الحكومية المحدودة، فمن أهم أهداف استخدام نظام عقود البوت التي يسعى إليها، هي تخفيف العبء عن كاهل الحكومات ذات الموارد المالية

(١٩٤) راجع د. أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص ٣٩٤ وما بعدها، ود. محمد أنس جعفر، مرجع سابق، ص ٩١.

المحـــدودة، لأن إشراك القطاع الخاص في تمويل المشروعات يؤدي إلى كســـب مورد جديد للحكومـــة، وبالتـــالي فإن هذا النظام يمكن الحكومات من تنفيـــذ المشروعات التي كانت تؤجلها نظراً لعدم توفر التمويل اللازم.

- يؤدي تنفيذ القطاع الخاص لهذه المشروعات إلى إيجاد بنية أساسية ذات مستوى عال نظراً للخبرة التي تمتلكها هذه الشركات الكبرى، بالإضافة إلى سرعة الإنجاز التي يمتاز بها القطاع الخاص.

- تمكن الحكومة من الحصول على مشروع جاهز ومتكامل في نهاية فترة الامتياز دون تحمل أي أعباء في ميزانيتها.

- يؤدي اســـتخدام نظام البوت إلى الإســـهام في نقـــل التكنولوجيا التي قـــد تحتكرها بعض الشركات إلى بلد المشروع.

- يؤدي نظام البوت إلى زيادة في الاستثمار، وإيجاد فرص عمل حقيقية ومنتجة في المستقبل، كما يؤدي إلى توسيع الرقعة السكنية التي ستتجمع حول تلك المشروعات.

- مشروعـــات البـــوت تجنب الدولـــة المخاطر المالية التي يمكـــن أن تترتب على المشروعات العملاقة للبنية الأساسية.

- تؤدي عقود البوت إلى مزيد من تدفق العملات الأجنبية على بلد المشروع، وذلك للإنفاق على تنفيذ هذا الأخير.

هـ - سلبيات عقود البوت[١٩٥]:

- طول مدة عقود البوت حيث تصل إلى تســـعة وتســـعين ســـنة، أي قرن من الزمان، وهذا فيـــه ما فيه من تقييد لحرية الأجيـــال المقبلة نحو هذه المشروعات، كما أن تغير الأحوال الاقتصاديـــة والسياســـية والاجتماعية قد يصعب مهمة التوفيق بـــين تلك الظروف، وبين الالتزامات المترتبة على هذه العقود.

- عقـــود البوت نظـــراً للتكلفة الباهظة التـــي تتكلفها نفقات المشروع فقد تشـــترط شركة المشروع على الحكومة أن تشـــتري منها الخدمة بنســـبة معينة، مما يؤدي إلى أن تتحمل

(١٩٥) راجع د. أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص ٣٩٧ وما بعدها، ود. محمد أنس جعفر، مرجع سابق، ص٩١ ،٩٢.

موازنة الدولة أعباء مالية، وذلك في حالة ما إذا كان الاستهلاك المحلي لهذا المنتج يقل عن الحدود الدنيا المتفق عليها.

- في هــذه العقــود أحياناً تقل ســيطرة الدولة عــلى شركة المشروع نظراً لقــوة نفوذ هذه الــشركات، وحاجــة الدول إلى تمويل تلــك المشروعات، وعلى الخصــوص وأن بعض هذه المرافق قد يتعلق بمرافق عامة حيوية كتلك المتعلقة بالموانئ والمطارات.

بالإضافة إلى تلك السلبيات فإن إعداد تلك العقود وصياغتها نظراً لأطرافها العديدة يحتاج إلى دقة كبيرة في الإعداد حتى لا تتورط الإدارة في هذه العقود، مما يؤثر سلباً على المصلحة العامة.

إلا أنــه مــع هذا لا يمكن إنــكار فائدة تلك العقــود وما تعود به من نفــع على البنية الأساسية للدولة بشرط أن نتلافى السلبيات المشار إليها، وعلى الخصوص فيما يتعلق بالمرافق الحيوية، وذلك أياً كانت الفلسفة التي تعتنقها الدولة.

وقــد أخذت مصر بهذه العقود فيما يتعلق بإنشــاء وإدارة وتشــغيل وصيانة محطات توليد الكهرباء، وإنشاء وإدارة واستغلال المطارات[١٩٦].

وقــد أخذت أيضاً المملكة العربية الســعودية بهذه العقود، فالهيئة الســعودية للمدن الصناعيــة ومناطق التقنية، دعت إلى تقديم عروض للمنافســة عــلى حــق انتفاع لتطوير وتشــغيل وإدارة وصيانة المدينــة الصناعيــة الثانية بمحافظة جــدة بنظام (B.O.T)، كما دعــت إلى تقديم عروض للمنافســة على حــق انتفــاع، لإعادة تأهيل وتشــــغيل وإدارة وصــيانة لمرافق مياه الشرب والري بالمدينة الصناعية بجدة بنظام (R.O.T).

وقد أشــار نظام المنافسات إلى هذا النظام بطريقة معينة حيث نصت المادة (٦٢) على أنه «يجوز للجهة الحكومية أن تؤجر عقاراً أو جزءاً منه مقابل إنشاء منشآت حسب شروط ومواصفات تضعها، ثم تؤول ملكية هذه المنشآت إلى الجهة الحكومية وفق ما تبينه اللائحة التنفيذيــة لهذا النظــام»، وقد نصت اللائحة في مادتها(١٤٥) على أنــه «إذا كان التأجير أو الاســتثمار مقابل إنشــاء منشــآت تؤول ملكيتها للجهة الحكومية بعد نهاية العقد وفقاً لما أشارت إليه المادة (الثانية والستين) من النظام، يراعى بالإضافة إلى قواعد التأجير والاستثمار

(١٩٦) راجع القانون رقم ١٠٠ لسنة١٩٩٦، والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧، وراجع د. أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص ٣٦٤ وما بعدها.

المشار إليها في هذه اللائحة، ما يلي:

١- علـى الجهة الحكوميـة أن تضع الـشروط والمواصفات والمخططـات وكميات الأعمال المطروحة للاستثمار.

٢- تعتمـد الجهـة التصاميم والمخططات الهندسـية التفصيلية للمـشروع المعدة من قبل المستثمر، ويحق لها الإشراف على التنفيذ إشرافاً كلياً أو جزئياً.

٣- يجب على المستثمر الالتزام بصيانة المشروع وترميمه حتى تسليمه بعد نهاية عقد الاستثمار.

٤- تسـتلم الجهة المشروع كاملاً بعد انتهاء مدة الاسـتثمار، ويشمل ذلك المنشآت والمباني والتجهيزات والتأثيث والأجهزة المنقولة من معدات وآليات.

وأخـيراً ينتهي عقد الالتزام أياً كان نوعه إما نهايـة طبيعية حينما تنتهي المدة المحددة في العقد، أو نهاية غير طبيعية كما في حالة الفسـخ نتيجة لخطأ الملتزم، أو في إلغاء الالتزام للمصلحة العامة بلا خطأ من الملتزم وفي هذه الحالة تسـترد الإدارة المرفق قبل تمام المدة، وكذلك ينتهي الالتزام في حالة القوة القاهرة التي يسـتحيل معها تنفيذ الالتزام.[١٩٧] وتجدر الإشـارة إلى أنـه في حالة نهاية العقد بشـكل غير طبيعي يتحمل المسـؤولية الطرف الذي تسبب في ذلك سواءً كانت الإدارة، أو كان المتعاقد.

(١٩٧) V. André De Laubadére, op. cit. .p. p .638, 639. Et V. Philippe George et Guy Siat op. cit. p.310.

المبحث الثاني:

أهم العقود في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية:

أولاً: عقد الأشغال العامة:

يعد عقد الأشغال العامة من العقود المهمة الأمر الذي استدعى مجلس الوزراء السعودي إصدار نموذج له بالقرار رقم ١٣٦ وتاريخ ١٤٠٨/٦/١٣هـ[١٩٨].

ويعرف عقد الأشــغال العامــة بأنه "اتفاق بين الإدارة وأحد الأفــراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم عقارات معينة لحســاب الإدارة تحقيقاً للمصلحة العامة، مقابل الأداء المادي المتفق عليه ووفقاً لشروط العقد[١٩٩].

فعقد الأشغال هو قيام بعمل يتضمن إنشاء أو ترميم أو هدم - سواءً كان ذلك في بناء أو طريق - وقد يشتمل العقد عليها جميعاً أو على واحد منها.

وقد أشــار النظام ولائحته إلى هذا العقد في العديد من نصوصهما مما ســيرد فيما بعد؛ وذلــك لأهميته، وقد بانت تلــك الأهمية أيضاً في كثرة التطبيقات القضائية لهذا العقد منها على ســبيل المثال ما قضى به الديوان بأنه «ولمــا كان العقد الإداري – محل الدعوى - عقد أشغال عامة؛ فإن أجلى موجباته فقهاً ونظاماً وقضاءً ما تتمتع به الإدارة في مواجهة المتعاقد من حقوق وسلطات عالية، باعتبار أن الإدارة تتغيا من إبرام عقودها جانب المصلحة العامة في تسيير المرفق العام بانتظام واطراد، ومن أهم الالتزامات المحققة لهذا احترام مدة تنفيذ العقد، إذ هو التزام رئيس بالنسبة للإدارة والمتعاقد على حد سواء، باعتبار أن تحديد ميقات التنفيذ يفترض حاجة المرفق العام الذي أبرم من أجله العقد؛ فيلزم إنجاز موضوع العقد في هذه المدة المحددة، إذ إن توقف أحد المرافق العامة ولو لمدة قصيرة قد يسبب إرباكاً كبيراً. ولما تملكه الإدارة من ســلطات واســعة - بحسبانها القوامة على ســير المرافق العامة - فإنه

(١٩٨) تم تعديله وفقاً لنظام المنافســات والمشتريات الحكومية بتعميم وزارة المالية رقم ٢٥٥١٧/٤٢ وتاريخ ١٤٢٨/٣/٢٨هـ راجع موقع وزارة المالية.

(١٩٩) راجــع في هذا المعنى د. ســليمان الطماوي، الأســس العامــة للعقود الإدارية، مرجع ســابق، ص ١٢٢، ولمزيد من التفاصيل راجع د. سامح عبد الله عبد الرحمن، سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة بني سويف ٢٠٠٧، ص ٢١ وما بعدها.

يتشـــدد في الالتزام في جانب المقاول بحيث يتعين عليه الالتـــزام بالمدة المحددة للعقد، ولا يسوغ له الامتناع عن الوفاء بالتزاماته في المدة المقررة بحجة تقصير الإدارة في أحد التزاماتها تجاهه ما دام الوفاء ممكناً»[٢٠٠].

وقـــضى أيضاً بأنه «بما أن وكيل المدعية حصر دعوى موكلته بطلب الحكم بإلزام المدعى عليها بتعويضها بمبلغ(...) ريالاً قيمة التكلفة الزائدة التي دفعتها المدعية في أسعار الإسفلت أثناء قيامها بتنفيذ مشروع إنشاء ورصف وصلات طرق (...) الذي تم التعاقد عليه بتاريخ(...)

وبمـــا أن مثار النزاع في الدعـــوى الماثلة متعلق بعقد إداري[٢٠١]، فإن نظرها والفصل فيها يدخـــل في نطاق ولايـــة ديوان المظالم القضائيـــة المنصوص عليها في المـــادة ١٣/د من نظام الديوان الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ لعام ١٤٢٨هـ .

ومـــن حيث الموضوع فإن المؤسســـة المدعية تعاقدت مع الجهة المدعـــى عليها لتنفيذ مشروع إنشـــاء ورصف وصلات طـــرق(...) وإنه خلال فترة تنفيذ العقـــد حصلت زيادة في أسعار الإسفلت بشكل كبير اضطرها إلى تحمل هذه الزيادة دون الحصول على عائد مادي مقابلهـــا، كما أنـــه لم يكن بإمكان المدعية توقي هذه الزيادة لانعـــدام حريتها في رفضها أو رفض الاســـتمرار بالعمل وفقاً للمادة (٩) من اللائحة التنفيذية لنظام مشـــتريات الحكومة وكـــذا بنود العقد بتنفيذ التزاماتها المادية، ولأنه لا يســـوغ تحميـــل الشركة المدعية الأعباء الماليـــة لتلـــك الزيادة دون مقابل لما في ذلك من الإضرار بها، والضرر يجب رفعه لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار، والقاعدة الشرعية المستنبطة منه أن الضرر يزال، ولا يزال الـــضرر إلا بتعويض المدعية عما دفعته زيادة عن الســـعر المتفق عليه (...) وبما أنه لا فرق بين زيادة الرسوم الجمركية وزيادة أسعار الإسفلت فكلها صدرت وتصدر من الحكومة، ولما كانـــت الحكومة وحدة واحدة بما في ذلك الـــوزارات المتفرعة عنها والتابعة لها ومنها وزارة

---

(٢٠٠) راجـــع حكـــم المحكمـــة الإدارية رقم ١٦/د/إ/١ لعـــام ١٤٣٣هـ في القضيـــة رقـــم ١/٣٧٩٧/ق، المؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ٤/٣٠٥ لعام ١٤٣٣هـ في قضية الاستئناف رقم ٣٢٦٠/ق لعام ١٤٣٣هـ (حكم غير منشور).

(٢٠١) يجـــري الحكم عـــلى اعتبار أن عقد الاشـــغال العامة عقد إداري بطبيعته وقد اســـتقر على ذلـــك الفقه والقضاء، والصـــواب من وجهة نظري في تحديد الاختصاص في الدعوى الماثلة أن يكون القول: وبما أن مثار النزاع في الدعوى الماثلة متعلق بعقد أحد أطرافه جهة إدارية فإن نظرها والفصل فيها يدخل في نطاق ولاية ديوان المظالم القضائية المنصوص عليها في المادة ١٣/د من نظام الديوان الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ لعام ١٤٢٨ هـ.

المواصـلات -النقل حالياً- المدعـى عليها، وكذلك بيت المال- أو خزينـة الدولة - وما يطرأ من الزيادات في الأسـعار والرسوم التي تستفيد منها الدولة كله يذهب إلى الخزينة العامة للدولة، فهي المستفيدة من هذه الزيادات، والمدعى عليها جزء منها فتستفيد هي أيضاً من هــذه الزيادات بطريقة مبـاشرة أو غير مباشرة، وبالجملة فإنه لما كانت الزيادة قد صدرت بأمـر من الحكومة والمدعى عليها جزء منها فإنــه يلزمها تعويض المدعية عن هذه الزيادة بقدرهــا، قلت أو كثرت، وقـد درج الديوان في عدد من الأحكام عـلى التعويض عن زيادة المنتجات البترولية كالإسـفلت وغيره كما في الحكم رقم ٩٣/د/إ/٢ لعام ١٤٢٤ هـ المؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ٧/ت/١ لعام ١٤٢٥هـ»[٢٠٢].

ثانياً: عقد التوريد:

يعد عقد التوريد أيضاً من العقود المهمة التي شغلت حيزاً في نظام المنافسات ولائحته، ويعرف بأنه اتفاق يتعهد بمقتضاه شـخص - فـرداً كان أم شركة - أن يورد للإدارة منقولات معينة مقابل ثمن معين[٢٠٣].

إذن في هذا العقد يتعهد أحد الأشخاص بالقيام بتوريد منقولات معينة لإحدى الجهات الحكومية كتوريد المفروشـات مثل المكاتب والمقاعد، وأجهزة الحاسـوب أو توريد الملابس أو الأطعمة أو المستلزمات الطبية وغير ذلك للجهات الحكومية، مقابل ثمن يتقاضاه منها.

ومن تطبيقات ديوان المظالم في ذلك حكمه على سـبيل المثال الذي قضى فيه بأنه «من حيـث إن التكييـف النظامي لطبيعة التعاقـد الذي تم بين طرفي الدعـوى هو عبارة عن عقـد توريد بطريق التأمين المباشر، والذي بمقتضاه يتعهـد المورد المتعاقد مع جهة الإدارة بتسـليمها أشـياء منقولة وفق الشروط والمواصفات المعلن عنها والتي تستقل جهة الإدارة بوضعها، وذلك مقابل تسـليم المورد قيمة المواد أو الأشـياء المتفق عليها، وبالتالي فإن من الواجـب على الجهـة الإدارية بموجب ذلك دفع قيمة الأصناف الموردة حسـب المواصفات والـشروط المتفق عليها بين الطرفين، من حيث إن المدعي قدم ما يثبت قيام الجهة المدعى

(٢٠٢) راجع حكم الدائرة الإدارية رقم ٤٧/د/إ/١ لعام ١٤٢٩ هـ في القضية رقم ١/٤٥١/ق لعام ١٤٢٦ هـ المؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم ٢٦٣/ت/١ لعام ١٤٢٩ هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٢٩، ج ٥، ص ٢١٥٦.

(٢٠٣) راجع د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢١٥.

عليهـا بتعميده بتوريد عدد (٢٠٠) غسـالة (...) وذلك بموجب الخطاب رقم (...) كما قدم نسـخة من إشـعار اسـتلام مؤقت للأصناف تحت الفحص مؤرخ في (...) فإن المدعى عليها بذلك تكون ملزمة بدفع قيمة المشتريات للمدعي، ومن حيث إن الثابت من خلال ما تقدم من أوراق ومسـتندات في الدعوى أن المدعى عليها لم تقم بتسليم المدعي قيمة الغسالات الموردة بموجب عقد التوريد على الرغم من مطالبته بذلك دون سـبب أو مانع .. مما يفهم منـه وجوب دفع قيمـة المواد الموردة إذا تم تسـليمها كاملاً ودفعة واحـدة بعد فحصها والتأكد منها خلال مدة معقولة»[٢٠٤].

وقضى الديوان أيضاً بأنه «يتضح من العرض السـابق لوقائع الدعوى أن المدعي صاحب شركـة أعـمال (...) يهدف من رفع الدعوى الحكم لصالح شركته باسـتحقاقها لقيمة توريد اللـوازم الطبيـة بمبلغ وقدره (...)، وكذلـك بالتعويض عن صرف هذا المبلـغ (...)، وبما أن الثابت من أوراق الدعوى أن المدعى عليها قامت بإنهاء العقد ووفت بالتزاماتها التعاقدية الواردة في عقد توريد المسـتلزمات الطبية لمستشفى (...) وحيث إن المدعى عليها لا تنازع في استحقاق المدعية للمبلغ محل الدعوى (...)، ولكن المستشفى لم يقم بصرف المبلغ لكون ذلك المبلغ ضمن الزيادة على الاعتمادات المقررة للمستشـفى وتم الرفع للمقام السـامي بطلـب صرف هذا المبلغ، وحيث إن ما قامت به المدعى عليها من تأخير صرف اسـتحقاق المدعيـة لا يتفـق مع القواعد الشرعية والنظامية، لأن النبي عليه الصلاة والسـلام قال: "لا يحل مال امرئ مسـلم إلا بطيب نفس منه" وقال: "على اليد ما أخذت حتى تؤديه"، وقال عليـه الصـلاة والسـلام: "لا ضرر ولا ضرار"، وقد رتب الفقهاء على هـذا الحديث القاعدة الفقهية المشـهورة الضرر يـزال.. وحيث ثبت المبلغ محل الدعـوى في ذمة المدعى عليها، ولا تـزال المدعى عليهـا ممتنعة عن دفعه إلى المدعية بالحجة التـي ذكرتها أثناء المرافعة، وقد جاء نظام تأمين المشـتريات ملزماً لها بذلك، وعليه فإن الدائرة تنتهي إلى إلزام المدعية بدفع المبالغ المسـتحقة للمدعية، وأما عن مطالبة المدعية بالتعويض عن تأخر الصرف (...) ولمـا كان التعويـض عن تأخر الصرف إنمـا يكون لجبر ضرر تحقق وقوعه بسـبب التأخير،

(٢٠٤) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ٤٨/د/إ/٣٣ لعام ١٤٣١ هـ في القضية رقم ٥/٤٦٠ /ق لعام ١٤٢٩ هـ المؤيد من محكمة الاسـتئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٣٩ لعام ١٤٣٣ هـ في القضية رقم ٥٩٢٩/ق لعام ١٤٢٩ هـ (حكم غير منشور).

لأن التعويـض عـن مجرد التأخير في الصرف لا يجوز لكونه يعد صورة من صور الربا المحرم المجمـع على تحريمه، وقد جاء في قرار المجمع الفقهي في دورته الحادية عشرة المنعقدة في مكة المكرمة في الفترة من ١٣ على ١٤١١/٧/٢٠هـ "أن الدائن إذا شرط على المدين أو فرض عليـه أن يدفع له مبلغاً من المال غرامة جزائية محددة بنسـبة معينة بسـبب التأخر عن السداد في الموعد المحدد بينهما فهو شرط أو فرض باطل ولا يجب الوفاء به ولا يحل، سواءً كان الشارط هو المصرف أو غيره لأن هذا بعينه هو ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه "ولـو جاز التعويض عن تأخر الصرف لسـاغ لكل صاحب حق تأخـر من رواتب ومكافآت وغيرها من الحقوق أن يطالب بالتعويض بدعوى أنه تضرر من تأخر الصرف وأنه اقترض أو اسـتدان أو باع ممتلكاته لسداد ما عليه من التزامات، ولم ينقل عن أحد من العلماء الذين يعتد بقولهم جواز هذا التعويض..»[٢٠٥].

ثالثاً: عقد النقل:

وعقد النقل أيضاً من العقود التي أشـار إليها نظام المنافسـات ويعرف هذا العقد بأنه «اتفاق يلتزم بمقتضاه أحد الأفراد أو الشركات بالقيام بعملية نقل لحساب الإدارة في مقابل عوض معين»[٢٠٦].

---

(٢٠٥) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ٩٢/د/إ/٥ لعام ١٤٣١ هـ في القضية رقم ٥/١٦٥٩ /ق لعام ١٤٣٠ هـ المؤيد من محكمة الاسـتئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٦٣ لعام ١٤٣٣ هـ في القضية رقم ٤٦٥٤/ق لعام ١٤٣١ هـ (حكم غير منشور).

(٢٠٦) راجع لمزيد من التفاصيل د. سـليمان الطماوي، الأسـس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٣٦ وما بعدها وقد فرق بين عقد النقل وعقد امتياز النقل، بأن الأخير يكون منتظماً وبمقتضى رسـم مقدر مقدماً، وكان مسـموحاً به للإدارة وللأفراد على السواء، ويكون عقد نقل إذا كان مقصوراً على مرة واحدة أو على مرات غير محددة مقدماً وغير مسموح به للأفراد. وأشار في ذلك (ص١٣٦، هامش واحد) إلى الفقيه الفرنسي فالين غير أن ذلك ليس دقيقاً في تحديـد تلك التفرقة، وقـد تكون التفرقة الأكثر جوهرية مدة عقود الامتياز، فعقود امتياز النقل تكون لمدة طويلة بخلاف عقود النقل العادي التي قد تكون سـنوية، فطابع الاستمرارية يتلبس بعقود الامتياز في حين طابع التأقيت يتلبـس بالعقـود العادية، كما أن عقود الامتياز في الغالب تكون من خـلال شركات كبرى متخصصة، في حين عقود النقل العادية قد تكون لأفراد عاديين وتحت مستوى عمليات محدودة، كما أن عقود النقل العادية تتميز بالطابع المحلي الضيق الذي قد يكون في الغالب قاصراً على جهة معينة، في حين طابع الامتياز في الغالب يكون أكثر اتساعاً، كما ان عقود النقل العادية في الغالب تكون الجهة هي التي تدفع الرسـوم في حين أن عقود الامتياز تكون رسـوم الانتفاع من المنتفعين..

ومن تطبيقات ديوان المظالم في عقد النقل ما قضى به بقوله: «ولما كان الثابت أن المدعي قد تعاقد مع الجهة المدعى عليها لنقل الطلاب بموجب العقد المرفق (...) وأن المدعي يتظلم من فسخ العقد، وحيث إن المتعين عند الفصل في هذا النزاع هو ما تضمنه العقد الموقع بين المدعي والمدعى عليها من مواد، إذ إن ما تضمنته هذه المواد من أحكام ملزم لطرفي العقد، وذلك على اعتبار أنهما دخلا في العقد ورضيا به وفقاً للإرادة الحرة التي قامت لدى كل منهما عند إبرام العقد، وحيث قد ورد في البند الثاني الفقرة (د) أنه لا يحق للطرف الثاني فسخ هذا العقد أو التخلي عنه مهما كانت الأسباب إلا بموافقة الطرف الأول، على أن للطرف الأول الحق في إلغاء التعاقد مع الطرف الثاني، أو تقليص عدد السيارات المتعاقد عليها، أو المطالبة بزيادتها، وتخفيض الأجرة متى وجد أن المصلحة تقتضي ذلك، وحيث إن المدعى عليها قد استندت في فسخ العقد على أن المصلحة تقتضي ذلك، وسند ذلك وجود عدد من الشكاوى ضد المدعي بصفة متكررة، سواءً بحضور أولياء الأمور للإدارة أو عن طريق المدرسة، إضافة إلى عدم التقيد بإحضار وسيلة النقل المتفق عليها في بعض الأحيان كما في المستند (١)، وكذلك عدم نقل بعض الطلاب وتركهم مما تسبب في حرمانهم من الدراسة في بعض الأيام، (...) وحيث إن ما ساقته الجهة من الأسباب والمبررات لفسخ العقد استناداً للبند الثاني منه كاف لإثبات ما رأته من اقتضاء المصلحة، ومن ثم يصبح إجراؤها سليماً ليس ثمة ما يشوبه أو يعيبه مما يجعل طعن المدعي في غير محله»[٢٠٧].

رابعاً: عقود الخدمات:

وتتمثل في عقود الصيانة والنظافة والتشغيل والإعاشة ولها أشارت المادة ٢٨/ أ من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية حيث قررت «لا تتجاوز مدة تنفيذ عقود الخدمات ذات التنفيذ المستمر، كالصيانة والتشغيل .. خمس سنوات، ويجوز زيادة هذه المدة للعقود التي تتطلب ذلك بعد موافقة وزارة المالية».

ومن تطبيقات ديوان المظالم ما قضى به أنه «حيث إن الدعوى تتعلق بعقد أحد طرفيه الحكومة، فإنها تدخل في اختصاص الديوان بناءً على المادة الثامنة فقرة ١/د من نظامه (...)

(٢٠٧) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ١٤٤/د/إ/٤/٢/ لعام ١٤٣٢ هـ في القضية رقم ٤/٣٠٥/ق لعام ١٤٣٠ هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/١٣٨ لعام ١٤٣٣ هـ في قضية الاستئناف رقم ٦٨٥٨/ق لعام ١٤٣٢ هـ (حكم غير منشور).

وحيث إن المدعي يطالب بتعويضه عن قيمة العقد، حيث لم تمكنه الوزارة من استكماله بدعوى أنها تضررت من جراء عدم إتمامه العقد حتى نهاية العقد، وحيث إن الثابت أن الوزارة تعاقدت مع المدعية لصيانة ونظافة وتشغيل مركز الدعوة عبر الشبكة المعلوماتية الدولية، والثابت أن الوزارة استغنت عن المبنى وأغلقته بتاريخ (...) وتم تسليم المبنى لصاحبه بتاريخ (...) كما هو الثابت في محضر تسليم المبني، كما أن الثابت من المحضر المعد من قبل موظف العقود بالوزارة بأن إدارة العقود لم تبلغ المدعية بإيقاف عملية صيانة مبنى مركز (...)، وحيث إن المدعي وقع عقداً مع الوزارة لمدة ثلاث سنوات وقدم أسعاره لهذه العملية على هذه المدة، وأن إلغاء الوزارة للعقد قبل تمام مدته يستحق المدعي بسبب ذلك تعويضاً عما أصابه من ضرر وحيث لم يقدم المدعي ما يثبت تضرره من إجراء الوزارة ومقدار هذا الضرر (...) مما تنتهي معه الدائرة لرفضه ..»[٢٠٨].

وقضى الديوان أيضاً بأنه «لما كانت المدعية حصرت دعواها بطلب تعويضها بمبلغ (...) عن الأضرار التي أصابتها بتخفيض عدد المستفيدين من الإعاشة في عقدها مع مديرية الأمن العام، ولما كان الثابت أن المدعية باشرت تنفيذ العقد المبرم معها بتاريخ (...) واستمر بالعمل حتى تاريخ (...) فيكون مدة عملها (٦٩٠) يوماً وهي تعادل (٢٣) شهراً وبما أن المدعى عليها أقرت بأن الاشخاص الذين قدمت لهم الإعاشة (٤٣٣) فرداً، بينما نصت شروط العقد على أن العدد التقريبي للأفراد الذين سوف يتم تقديم الإعاشة لهم بموجب العقد هو (١٥٠٠) فرد ولا ريب أن خفض عدد المستفيدين من تقديم الإعاشة من (١٥٠٠) فرد إلى (٤٢٣) فرداً هو إخلال بشروط العقد وخفض لقيمته، تجاوزت فيه الجهة المدعى عليها نسبة التخفيض المحددة نظاماً للجهة الإدارية وهي ٢٠٪ من قيمة العقد مما يعد معه إخلالاً من المدعى عليها بالعقد المبرم بينها وبين المدعية وتستحق بموجبه المدعية التعويض عما أصابها من ضرر بسبب هذا الإخلال ..»[٢٠٩].

(٢٠٨) راجع حكم الدائرة الإدارية رقم ٥٧/د/إ/٣ لعام ١٤٢٧ هـ في القضية رقم ١/٢١٧٥/ق لعام ١٤٢٥ هـ والمؤيد بحكم هيئة التدقيق رقم ٤٥٥/ت/١ لعام ١٤٢٧ هـ المجموعة لعام ١٤٢٧ هـ ج٥، ص ٢٤٩٥.

(٢٠٩) راجع حكم الدائرة الإدارية رقم١٠٧/د/إ/١ لعام ١٤٢٩ هـ في القضية رقم ١/٢٢١٢/ق لعام ١٤٢٣ هـ والمؤيد بحكم محكمة الاستئناف الإدارية رقم ٩٦/ ١ لعام ١٤٣٠ هـ ج٥، ص ٢٩٤٩.

خامساً: عقود الخدمات الاستشارية:

وهـي تلـك العقود التي تبرمها الإدارة مع شـخص فرداً كان أم شركـة لتقديم خدمات استشـارية ذات طابع فني أو هندسي أو قانوني، وقد أشـار النظام إلى تلك العقود باعتبار حاجـة الإدارة إليهـا حال عدم توافر الأجهـزة الفنية أو الهندسـية أو غيرها لدى الجهات الإدارية.

ومـن تطبيقات هذا العقد ما قـضى به ديوان المظالم بقوله: «حيـث إن وكيل المدعية حصر طلباته بطلب التعويض لموكلته بمبلغ وقدره (٩,٥٠٠,٧٥٧) تسـعة ملايين وخمسمائة ألف وسـبعمائة وسبعة وخمسون ريالاً قيمة الخسائر التي لحقت بموكلته (...) وحيث إنه عن طلب المدعية التعويض فتشير الدائرة أنه باستقرائها للوقائع ونصوص العقد الموقع بين الطرفين وبعد الاطلاع عليه وعلى الشروط والمواصفات والمسـتندات المودعة بملف الدعوى، فإنـه يتعين على الدائرة عند بحثهـا لطلب التعويض الوقوف على توافر أركان المسـؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سـببية بينهما، وبتاريخ (...) أرسلت المدعى عليها خطابها إلى المدير العام للمدعية أشـارت فيه إلى خطابها المؤرخ (...) أوضحت فيه أنها لم تتسـلم الإجراءات التحضيرية الواجب تقديمها حسـبما ورد في العقد وكراسـة الشروط والمواصفات رغم مضي ثمانية أشهر والتي تتعلق بما يلي: ١- كتالوجات الأجهزة والمعدات والأثاث الواجب توريدها، ٢- برنامج التدريب وأنواعه الذي سـتقوم الشركة بتوفيره لموظفي المدعى عليها، ٣- إعداد الموظفين الواجب توفيرهم من جانب المدعية، ٤- نظام الخدمة المقترح لتقييمه لم يتم وفقاً للبند الثالث من كراسة المواصفات ومعرفة تطابقه مع الواقع الحالي، ٥- الخطة التسويقية المقدمة وفقاً للبند الرابع الفقرة السـابعة من العقد لم تقـدم، ٦- البرنامج الدعائي المقترح للإعلان عن الخدمة حسـب البند العاشر من كراسـة المواصفات لم يقدم، (...) وحيث إنه باستعراض ما تقدم من وقائع فلم تجد الدائرة ما يدل على تعسف المدعى عليها في التعامل مع المدعية أو وضعها أي شروط تعجيزية لها أو تباطئها أو تقصيرها في تنفيذ التزاماتها على ضوء الخطابات السـابقة والخطابات المرفقـة بملف الدعوى، على خلاف ما تدعيه المدعية، بل إن الدائرة ترى أن المدعية لم تكن مهيأة نفسـها من خلال المسـتندات والأوراق لقيامها بتنفيـذ العقد، يؤكد ذلك الخطابات المتبادلة بـين المدعية وبين الشركة التي تعاقدت معها على تنفيذ العقد، وكذا صور المستندات التي تطالب بالتعويض عنها والتي لا يمكن الاعتماد

عليهــا في التعويــض .. الأمر الذي يقطع لــدى يقين الدائرة [٢١٠] على ضــوء تلك الخطابات عــدم إمكانية المدعية ومنذ بدء التعاقد في توفير مســتلزمات البدء بالعقد وبتقاعســها في تقديــم الوثائــق المطلوبة منها وخطط العمــل، ولم تر الدائرة من خــلال الأوراق ما يفيد جديتها في إتمام العقد، الأمر الذي لم يتوافر به لدى المدعى عليها الخطأ الذي ينبغي توافره حتى تتحقق المسؤولية وتحاسب عليها، وبالتالي انعدام سند المدعية في المطالبة بالتعويض، والذي ترى معه الدائرة أن فسخ العقد متوافق مع التطبيق السليم للفقرة الثالثة من البند الثامــن التي نصت على أنه في حال تأخر الطرف الثاني في التنفيذ وإخلاله بأي من التزاماته الأخــرى في العقد فإنه يحق للســعودية (المدعى عليها) بإرادتهــا المنفردة إنهاء هذا العقد (....) الأمــر الذي ترى معه الدائرة أن ما قامت به المدعى عليها موافق لصحيح العقد (...) مما تنتهي معه الدائرة إلى رفض طلب التعويض»[٢١١].

سادساً: عقد الإشراف على المشاريع:

يقصد بعقد الإشراف هو الاتفاق الذي تبرمه الإدارة مع شخص فرداً كان أو شركة للقيام بــالإشراف عــلى تنفيذ أحد العقود، وفي هذا يقرر ديوان المظالم أن التعاقد مع الاستشــاري لــلإشراف عــلى المشروع مقابــل مبلغ محدد، والنص عــلى أن مدة العقد هــي مدة تنفيذ المشروع (...) مع حق الاستشاري في التعويض بمبلغ شهري مقابل التنفيذ لدى تأخر المقاول، أحقية الاستشــاري في تقاضي ما هو منصوص عليه بالعقد مقابل استمراره في التنفيذ طوال فترة تأخر المقاول..»[٢١٢].

سابعاً: إيجار واستثمار العقارات التي تملكها الدولة:

في هــذا العقــد تقوم الجهــات الحكومية بتأجير واســتثمار عقاراتها، وقد أشــارت إلى مشروعيــة هــذا العقد المادة (٦١) من النظام بنصها على أنــه «فيما لم يرد فيه نص خاص،

---

(٢١٠) هكذا ورد في الحكم، والصواب قد يكون ويقطع بيقين لدى الدائرة.

(٢١١) راجع حكم الدائرة الإدارية رقم ٣٩/د/إ/٩ لعام ١٤٢٧ هـ في القضية رقم ٢٩٣٨ /٢/ق وتاريخ ١٤٢٤ هـ المؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم ٥٢٤/ت/١ لعام ١٤٢٧ هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٢٧، ج٦، ص ٢٦٢٣.

(٢١٢) - راجع حكم هيئة التدقيق رقم ٣٥/ت/١ لعام ١٤١٢ هـ قضاء ديوان المظالم، القضاء الإداري في خمس ســنوات، ١٤١٠ ، ١٤١٤هـ وسيشار إليها فيما بعد (بمجموعة القضاء الإداري)، إعداد المستشار حسونة توفيق، ج١، ص ١٧١.

يكون تأجير واســتثمار العقارات التي تملكها الدولة - مما لم يســعر رســمياً - عن طريق المزايدة، وفقاً للإجراءات الموضحة في اللائحة التنفيذية لهذا النظام».

وقد حددت اللائحة تفاصيل ذلك حيث نصت المادة (١٢٥) من اللائحة على أنه «يجوز للجهات الحكومية تأجير أو استثمار ما يدخل ضمن نطاق اختصاصها من العقارات المملوكة للدولة من الأراضي والمباني، كالمحلات التجارية والســكنية والمواقع الإعلانية، ومواقع أجهزة البيــع الذاتي والــصراف الآلي وغيرها. وعــلى الجهة الحكومية تحديد مناطق الاســتثمار في المشاريع الاستثمارية بالتنسيق مع وزارة المالية (مصلحة أملاك الدولة)».

ونظراً لأن قواعد هذا العقد قد لا تسمح بشكل دقيق معالجتها تفصيلاً في ثنايا الكتاب لذا فإننا ســنتناولها في هذا المقام والتي تتعلق بالالتزامات وحقوق العملية العقدية وذلك كما يلي:

أ- التزامات وحقوق من رسي عليه الإيجار أو الاستثمار:

١- يلتزم المستثمر أو المستأجر بعد الترسية بإتمام العملية فإذا انسحب يصادر ضمانه، بعد إنذاره بخطاب مســجل وانقضاء خمســة عشر يوماً من تاريخ إخطــاره بالإنذار، ويتم التفاوض مع أصحاب العروض الذين يلونه بالترتيب، للوصول إلى الســعر الذي تمت به الترســية، فإذا لم يتم الوصول إلى هذا السعر، تطرح في المزايدة مرة أخرى. وإذا انسحب المستثمر أو المستأجر بعد فتح المظاريف وقبل الترسية يصادر جزء من ضمانه بما يعادل ٢٪ من إجمالي سعر العرض [٢١٣].

٢- على المؤجر والمستثمر تسديد الأجرة السنوية كاملة خلال عشرة أيام من بداية كل سنة تعاقدية، ويجوز الاتفاق على تسديد أجرة السنوات المحددة في العقد دفعة واحدة [٢١٤]

٣- يتحمل المســتأجر أو المستثمر تكاليف الماء والكهرباء والهاتف، والخدمات التي تقوم بهــا الجهــة، كالنظافة والصيانة والحراســة، وإذا كان الموقع مرتبطــاً بخدمات الجهة المؤجرة بحيث لا يمكن فصل الخدمة عن خدمات المرفق العام، تقوم الجهة عند طرح

(٢١٣) راجع المادة ١٤٠ من اللائحة.

(٢١٤) راجع المادة ١٤١ من اللائحة.

الموقع للاســتثمار أو التأجــير بتقدير تكاليف تلك الخدمــات، والنص عليها في شروط المزايــدة عند طرحها وفي شروط العقد، بحيث تدفع مع الأجرة الســنوية، أو شــهرياً بحسب الأحوال [٢١٥].

٤- يلتزم المستثمر أو المؤجر بإزالة جميع المنشآت التي أقامها حال رغبة الجهة الحكومية في ذلك باستثناء المنشآت التي أقامها مقابل إيجاره أو استثماره ما لم تكن مخالفة للشروط والمواصفات من الجهة المعتمدة [٢١٦].

٥- يلتزم المســتثمر بصيانة المشروع وترميمه حتى تسليمه بعد نهاية عقد الاستثمار وذلك إذا كان التأجير أو الاســتثمار مقابل إنشــاء منشآت تؤول ملكيتها للجهة الحكومية بعد نهاية العقد وفقاً لما أشارت إليه المادة (الثانية والستين) من النظام[٢١٧].

٦- يلتزم المستثمر بتسليم الجهة الحكومية المشروع كاملاً بعد انتهاء مدة الاستثمار، ويشمل ذلك المنشآت والمباني والتجهيزات والتأثيث والأجهزة المنقولة من معدات وآليات، وذلك إذا كان التأجير أو الاســتثمار مقابل إنشــاء منشآت تؤول ملكيتها للجهة الحكومية بعد نهاية العقد وفقاً لما أشارت إليه المادة (الثانية والستين) من النظام[٢١٨].

أمــا حقــوق من رسي عليه المزاد فيجب تســليمه محل الإيجار أو الاســتثمار في الموعد المتفــق عليه خالياً من عوائق الاســتخدام، كما أنه في حالة وفاتــه فقد نصت المادة (١٤٨) من اللائحة على أنه «إذا توفي المستأجر ولم يرغب ورثته بالاستمرار في العقد، يفسخ العقد، ويفرج عن الضمان المقدم منه بعد تســوية كافة الحقــوق والالتزامات المترتبة على العقد. وإذا كان المتوفى مستثمراً، وقد أقام منشآت على الموقع، ولم يرغب ورثته الاستمرار في العقد، يحال العقد إلى الجهة القضائية المختصة للنظر في الآثار المترتبة على فسخ العقد».

---

(٢١٥) راجع المادة ١٤٤ من اللائحة.

(٢١٦) راجع المادة ١٤٦ من اللائحة.

(٢١٧) راجع المادة ٣/١٤٥ من اللائحة.

(٢١٨) راجــع المــادة ٤/١٤٥ من اللائحة ويجــري نص المادة (٦٢) من النظام على أنه «يجــوز للجهة الحكومية أن تؤجر عقاراً أو جزءاً منه مقابل إنشاء منشآت حسب شروط ومواصفات تضعها، ثم تؤول ملكية هذه المنشآت إلى الجهة الحكومية وفق ما تبينه اللائحة التنفيذية لهذا النظام».

ب- سلطات والتزامات الجهة الحكومية قبل المؤجر أو المستثمر:

تتعدد سـلطات الجهة الحكومية قبل المستأجر أو المسـتثمر ويمكن إيرادها حسب ما نصت عليه اللائحة وكما يلي:

١- تحتفظ الجهة الحكومية بالضمان الذي قدمه المسـتأجر أو المسـتثمر حتى انتهاء مدة العقد، وتسليم العقار وفقاً لشروط التعاقد [٢١٩].

٢- إذا كان التأجير أو الاسـتثمار مقابل إنشاء منشـآت تؤول ملكيتها للجهة الحكومية بعد نهاية العقد وفقاً لما أشـارت إليه المادة (الثانية والستين) من النظام، يراعى بالإضافة إلى قواعد التأجير والاستثمار المشار إليها في هذه اللائحة، ما يلي:

أ- عـلى الجهـة الحكومية أن تضع الشروط والمواصفـات والمخططات وكميات الأعمال المطروحة للاستثمار.

ب- تعتمد الجهة التصاميم والمخططات الهندسـية التفصيلية للمشروع المعدة من قبل المستثمر، ويحق لها الإشراف على التنفيذ إشرافاً كلياً أو جزئياً.[٢٢٠].

٣- للجهـة الحكومية فسـخ العقـد ومصادرة الضـمان البنكي، مع بقاء حـق الجهة في الرجوع على المستثمر أو المستأجر عما لحقها من ضرر بسبب ذلك في أي من الحالات التالية[٢٢١]:

أ- إذا أخفق المسـتثمر أو المسـتأجر في تنفيذ التزاماته، مما يشـترط فيها تقديم خدمة معينة، أو تنفيذ منشـآت، تعود لمصلحة الجهة الحكومية، وذلك بعد مضي ثلاثة أشـهر أو ١٠٪ من مدة الاستثمار، أو الاستئجار، أيهما أكثر، دون عذر مقبول لدى الجهة.

ب- إذا تأخر في تسديد الأجرة عن المدة المحددة له بعد إنذاره، ومضي خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطاره بالإنذار.

---

(٢١٩) راجع المادة ١٤٣ من اللائحة.

(٢٢٠) راجع المادة ١٬٢/١٤٥ من اللائحة.

(٢٢١) راجع المادة ١٤٧ من اللائحة.

ج- إذا استخدم الموقع لنشاط يخالف النشاط المتفق عليه في عقد الاستثمار، أو التأجير، أو تنـــازل عنـــه للغير، دون موافقة خطية مـــن الجهة، بعد إنـــذاره لتصحيح الوضع ومضي خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطاره بالإنذار.

د- إذا توافر أحد الأســـباب الواردة في المادة (الثالثة والخمسين الفقرتين أ، د) من النظام وهي إذا ثبت أن المتعاقد قد شرع بنفســـه أو بوساطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر في رشـــوة أحد موظفي الجهات الخاضعة لأحكام هذا النظام، أو حصل على العقد عن طريق الرشـــوة، إذا أفلس، أو طلب إشـــهار إفلاســـه، أو ثبت إعســـاره، أو صدر أمر بوضعه تحت الحراسة، أو كان شركة وجرى حلها أو تصفيتها(٢٢٢).

٤- يجوز للجهة الحكومية بعد موافقة الوزير المختص أو رئيس الدائرة المســـتقلة، وموافقة وزارة المالية، إلغاء العقد قبل انتهاء مدة التأجير أو الاســـتثمار، لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة. بعد إشـــعار المستأجر أو المســـتثمر بذلك، وانقضاء ثلاثة أشهر من تاريخ إشعاره بذلك. ويعد محضر مشترك مع المستأجر أو المستثمر لحصر موجودات الموقع وما أقيم به من منشـــآت. ويحال العقد إلى الجهة القضائيـــة المختصة للنظر في الآثار المترتبة على إلغاء العقد وتقدير التعويض(٢٢٣).

٥- تؤول ملكية جميع المنشـــآت التي يشـــيدها المستثمر أو المســـتأجر للجهة المؤجرة. ولها الحـــق بإلزامـــه بإزالتها إذا رغبت ذلك، باســـتثناء ما يتم اســـتثماره وفقـــاً لأحكام المادة (الثانية والســـتين) من النظام، ما لم يكن منفذاً خلافاً للشروط والمواصفات المعتمدة من الجهة»(٢٢٤).

هـــذا ويجـــب أن تراعي الجهة الحكوميـــة المدة التي حددتها اللائحـــة في إبرام هذه العقود حيث نصت المادة التاســـعة والثلاثون بعد المئة على أن "يراعى عند تحديد مدة التأجير والاستثمار حجم المشروع، وما يتحقق للجهة فيه من عوائد، على ألا تتجاوز المدد التالية:

---

(٢٢٢) راجع المادة ١٤٧ من اللائحة.

(٢٢٣) راجع المادة ١٤٩ من اللائحة.

(٢٢٤) راجع المادة ١٤٦ من اللائحة.

أ -خمس سنوات للتأجير بدون استثمار.

ب -خمس عشرة سنة للمواقع التي يشترط لاستثمارها القيام ببنائها وتشييدها.

ج- عشرين سنة للمشاريع الاستثمارية الكبرى، بعد موافقة وزارة المالية .

وأخيراً تجب الاشـارة إلى أن هناك اسـتثناءات على المزايدة العامة في تأجير واسـتثمار ممتلـكات الدولـة فقد نصت المادة (١٣٠) على أنه «يجوز التأجير وإبرام عقود الاسـتثمار فيما بين الجهات الحكومية الخاضعة لأحكام النظام وهذه اللائحة، وكذلك مع المؤسسـات العامـة والشركات المملوكة للدولة، أو التي تسـاهم فيها بنسـبة لا تقل عن ٥١٪ من رأس مالهـا، بالاتفاق المباشر، وذلـك بعد أن تقوم الجهة المؤجرة بتقديـر قيمة الأجرة والعوائد الاستثمارية وفقاً لأحكام المادة (التاسعة والعشرين بعد المئة) من هذه اللائحة».
ونصت المادة (١٣١) على أنه" يجوز للجهة الحكومية بعد الاتفاق مع وزارة المالية تخصيص أماكن للجمعيات ذات النفع العام، والجمعيات الخيرية لمزاولة نشـاطها أو تقديم خدمات إنسانية في المباني والمرافق التابعة لها".

ومن تطبيقات ديوان المظالم في هذا العقد فقد قضى بأنه «للمدعى عليها – استثناءً ولمقتضيات المصلحـة العامـة - أن تفرض إرادتها على الطرف الآخر، باعتبار أن العقد عقد إداري أبرمته جهة الإدارة باعتبارها سـلطة عامة تتمتع بامتيازات عن طرف العقد الآخر ... وليس صحيحاً ما حاول المدعـي إثباته من أن الجهـة الإدارية قد أبرمت العقد باعتبارها شـخصية خاصة، إذ إن طبيعة العقـد من كونه يقدم خدمة عامـة وطرحه للمزايدة والشروط الاسـتثنائية الواردة فيه كالنص القائل «تحتفظ إدارة المطار لنفسها بالحق في استرداد جزء من الممتلكات المؤجرة متى رأت ذلك ضرورياً لعمليات المطـار، أو لمقتضيات المصلحة العامة»، والنص الـوارد في البند الخامس عشر القائـل «يجوز إنهاء العقد في أي وقت بتوجيه إشـعار كتابي للمسـتأجر لا تقل مدته عن ثلاثين يوماً، وذلك دون أدنى مسؤولية عليها، سواءً كان ذلك الإنهاء للإخلال بأي شرط أو حكم من شروط وأحـكام العقد، أو لمقتضيات المصلحة العامـة، كل هذه الأمور هي دلائل تؤكد أن المدعى عليها أبرمت العقد باعتبارها سـلطة عامة، وإذا ثبت لدى الدائرة انتهاء العقد، فإنه يثبت لديها عدم توافر شرط الصفة في المدعية في دعوى إلغاء قرار المزايدة، كما سـبق أن ذكر إذ لا مصلحة لها في إلغائـه وبنـاء عليه فإن الدائرة لا تلتفت إلى كل ما ذكره المدعـي من طعن في ذلك القرار، وإن

كان في مخالفته للنظام أو مخالفته للأوامر الســامية أو أن المزايدة قد تم إرساؤها بسعر أقل من السعر السابق، إذ إن الدعوى أصلاً غير مقبولة لرفعها من غير ذي صفة»[٢٢٥].

ثامناً: عقد البيع:

قــد تحتاج الجهات الحكوميــة إلى بيع ما لديها من منقولات في حــالات معينة حفاظاً عــلى المــال العام، وإن كان ذلك مشروعاً وفقاً للنظام، فانهــا في ذات الوقت عليها أن تلتزم الــشروط والضوابــط التي نص عليها حيث نصــت المادة(٥٥) منه على أنــه «يجوز للجهة الحكومية التنازل عما تستغني عنه من منقولات إلى الجهات الحكومية والجهات التدريبية التابعــة لها على أن تشــعر وزارة الماليــة بذلك. وتحيط الجهة المالكــة للمنقولات الجهات الحكوميــة في المنطقة التي تقع فيها بأنواع الأصناف وكمياتها، وتحدد لها مدة الإفصاح عن رغبتهــا فيها، فإن لم ترد خلال تلك المدة جاز لها بيعها عن طريق المزايدة العامة إذا بلغت قيمتها التقديرية مائتي ألف ريال فأكثر، ويعلن عنها طبقاً لقواعد الإعلان عن المنافســات العامة واســتكمالاً لذلك نصت المادة(٥٦) على أن تباع الأصناف التي تقل قيمتها التقديرية عــن مائتي ألف ريال؛ إما بالمزايدة العامــة، أو بالطريقة التي تراها الجهة محققة لمصلحة الخزينة العامة، بشرط أن تتيح المجال لأكبر عدد من المزايدين.

كــما أنه أيضاً وفي هذا الإطــار وبقرار مجلس الوزراء رقــم ١٠٥ وتاريخ ١٤٢٠/٦/٢٤هـ يمكن بيع الأراضي المملوكة للدولة والمخصصة للجهات الحكومية في حالة عدم صلاحيتها لما خصصت له..».

تاسعاً: عقد التصنيع:

هــو العقد الذي يتــم بموجبه الاتفاق بــين الإدارة وأحد الأشــخاص أو الشركات للقيام بتصنيــع منقولات معينة وفقاً لمواصفــات خاصة تضعها الإدارة ويقوم بذلك تحت إشرافها، ومثال ذلك التعاقد مع أحد مصانع الســيارات لتصنيع سيارة معينة وبمواصفات خاصة، أو التعاقد على طباعة وتأمين طوابع بريدية أو كتب مدرســية، وظاهر أن هذا العقد يتجاوز حــدود عقد التوريد، حيث إن المتعاقد لا يقتــصر دوره على التوريد، وإنما يتجاوز ذلك إلى

(٢٢٥) راجــع حكــم هيئة التدقيق رقم ٤٩٨ /ت/١ لعام ١٤٢٧ هـ بجلســة ١٤٢٧/٧/٢٠ هـ في القضية رقم ٢٦٢٤ /٢/ق لعام ١٤٢٦ هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٢٧ هـ مرجع سابق، ج٥، ص ٢٥٤٠ .

القيام بتصنيع المواد الموردة خصيصاً للجهة المتعاقدة [٢٢٦].

ونلمح صورة هذا العقد فيما قضى به الديوان بأنه «وتأسيساً على ما سبق وبعد الاطلاع علـى التقريـر المعد من قبل الخبير، ومـا انتهى فيه إلى أن صناعة صندوق سـيارة المدعي صناعـة تجارية رديئة،، وأن الماء قد تسرب إلى داخلـه، وأن وحدة التبريد صناعة كورية لا تصلـح لأجواء المملكة وذات أعطـال كثيرة، وحيث ثبت للدائـرة مخالفة الشركة المصنعة للمواصفات المطلوبة توافرها في صندوق وجهاز التبريد على النحو الوارد في محضر الاجتماع بين البنك الزراعي والشركات المصنعة، مما تنتهي معه الدائرة والحال ما ذكر إلى إلزام البنك الزراعي بإبدال الصندوق وجهاز التبريد في العقد المبرم بينهما»[٢٢٧].

(٢٢٦) راجع د. عبد الله الوهيبي، مرجع سابق، ص ٨٢.

(٢٢٧) راجـع حكم المحكمة الإداريـة رقم ٢٢٧/د/إ/٢٤ لعام ١٤٣٠ هـ في القضية رقـم ٩٩٦/٧/ق لعام ١٤٢٩ هـ المؤيد من محكمة الاسـتئناف بالحكم رقم ١١٧/إس/٤ لعام ١٤٣٢هـ في قضية الاسـتئناف رقم ١٦٤٠/ق لعام ١٤٣٢هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٣٢هـ ج٤، ص ١٤٦٣.

المبحث الثالث:

أنواع عقود نظام استئجار الدولة للعقار ولائحة التصرف في العقارات البلدية

أولاً: عقود الإيجار في نظام استئجار الدولة للعقار:

عقد الاستئجار في هذا الشأن هو ذلك الاتفاق الذي تبرمه الجهة الإدارية لاستئجار عقارات معينة لتنفيذ أنشطتها العامة، وذلك وفقاً لشروط نظامية محددة نص عليها نظام استئجار الدولة للعقار وإخلائه ولائحته التنفيذية.

وسنتناول تفاصيل ذلك النظام وفقاً لما يأتي:

أ- مشروعية استئجار الدولة للعقار:

لا يجوز للجهات الحكومية استئجار العقار إلا لحاجة ماسة وفي حدود حاجة الجهة وبشروط محددة تتمثل في:

١- توفر الاعتماد المالي في ميزانية الجهة المستأجرة.

٢- عدم وجود العقار المناسب لدى الجهة الراغبة في الاستئجار.

٣- أن يخصص العقار للغرض المستأجر من أجله.

٤- أن تكون مساحة العقار المطلوب استئجاره في حدود حاجة الجهة الراغبة في الاستئجار، مع عدم المبالغة في الإيجار بحيث تكون قيمة الإيجار في حدود سعر السوق وغير مبالغ بها، مع التفاوض مع المؤجر لتخفيضها بقدر الإمكان»[٢٢٨].

ب- شروط العقار المستأجر:

اشترط النظام ولائحته في العقار المستأجر شروطاً حددتها المادة الثالثة من النظام والتي نصت على أنه «يشترط في العقار المستأجر الآتي:

أ- أن يكون العقار مملوكاً للمؤجر بصك شرعي ويستثنى من ذلك العقار في

---

(٢٢٨) راجع المادة الاولى من نظام استئجار الدولة للعقار والمادة الأولى من اللائحة التنفيذية له.

المحافظات والمراكز إذا تعذر العثور على عقار مناسب مملوك بصك شرعي [٢٢٩].

ب- إلا يكون مالك العقار أحد منسوبي الجهة المستأجرة [٢٣٠].

ج- أن يلتــزم المؤجــر بترميــم وإصــلاح عيوب الإنشــاء التي تحــد من اســتمرار الانتفاع بالعقــار للغــرض المســتأجر من أجله عــلى نفقته الخاصــة دون المطالبة بــأي تعويضات أو زيــادة في الأجــر أثناء سريان العقــد، فإن لم يصلــح المؤجر عيوب الإنشــاء خلال مدة معقولــة من تاريخ إشــعاره بخطاب رســمي جاز للجهــة الحكومية إصــلاح العيوب على حســاب المؤجــر واقتطاعها من الأجرة، وتكون الجهة الحكومية المســتأجرة مســؤولة عن إجراء الصيانة العادية اللازمة للعقار وإصلاح أي ضرر يسببه استعمالها له.

وأضافت اللائحة في مادتها الرابعة أنه "يجب أن يكون العقار المســتأجر مســتوفياً لشروط الأمن والســلامة، وأن يُقَدّم المؤجــر تقريراً من الدفاع المدني ومن مكتب هندسي بســلامة المبنى، وملاءمة الموقع والعقار للنشاط محل العقد، ويكون ذلك في بداية كل سنة عقدية".

ج- إجراءات الاستئجار:

يمر الاســتئجار بإجراءات معينة من الإعلان وفحــص العروض والبت فيها، وعن الإعلان فقــد نصت المادة (٤) مــن النظام على أن «تقــوم الجهة الحكومية الراغبة في الاســتئجار بالإعلان في صحيفتين يوميتين مرتين على الأقل خلال خمســة عشر يوماً وبالإضافة إلى ذلك

---

(٢٢٩) وضعــت اللائحــة في مادتها الثالثة ضوابط اســتئجار عقار غير مملوك بصك شرعي فنصت عــلى أنه "على الجهة الحكومية عند استئجارها لعقار غير مملوك بصك شرعي مراعاة ما يلي:

١ -عدم العثور على عقار مناسب مملوك بصك شرعي.

٢ -أن يكون عدم حصول صاحب العقار على صك ملكية لأسباب لا علاقة له بها وخارجة عن إرادته.

٣ -موافقة وزارة المالية على استئجار العقار قبل إبرام العقـد أو تجديده.

٤ -أن تكون مدة قابلة للتجديد وفقاً للضوابط المنصوص عليها في نظام استئجار الدولة للعقار وإخلائه وهذه اللائحة.

٥ -التأكد - قبل تجديد العقد - من عدم وجود عقار بديل مملوك بصك شرعي ومستوفٍ للشروط المطلوبة.

(٢٣٠) وقد بينت اللائحة في المادة الخامسة استكمالًا لذلك أنه

أ - مــع مراعــاة ما ورد في الفقــرة (ب) من المادة (الثالثة) من النظام، لا يجوز أن يكون مالك العقار المطلوب اســتئجاره ممن تقضى الأنظمة بمنع التعامل معهم، أو صدر بحقهم قرار، أو حكم قضائي بمنع التعامل معهم حتى يرد إليهم اعتبارهم، أو تنتهي مدة المنع من التعامل معهم.

ب -تحــدد المــدة المعقولة المنصوص عليها في الفقرة (جـ) من المادة (الثالثة) من النظام بحســب الأحوال من قبل الجهة المستأجرة، ويوضح ذلك للمؤجر عند طلب إجراء الترميم.

يكون الإعلان في المراكز بوضع إعلانات في بعض الأماكن العامة عن رغبة الجهة الحكومية في الاســتئجار، وفي كل الحالات يتضمن الإعلان نوع العقار ومساحته ومواصفاته ومدة الإجارة المطلوبة والغرض الذي سيتم الاستئجار من أجله»(٢٣١).

- وعن لجنة فحص العروض نصت المادة (٥) من النظام على أن "تكوِّن الجهة الحكومية الراغبة بالاستئجار لجنة من ثلاثة من موظفيها(٢٣٢) لفحص العروض المقدمة للإيجار واقتراح المناسب منها من حيث ملاءمته للغرض المطلوب ومن حيث الأجرة المطلوبة، وتتثبت اللجنة من ســلامة المبنى، ولها أن تستعين بمن تراه لهذا الغرض إذا رأت ضرورة لذلك. وجاءت المادة السادســة لتحدد ســلطة البت فنصت على أنه «إذا كانت إجارة العقار الذي تقترحه اللجنة المشــار إليه في المادة الخامســة من هذا النظام في حدود الأسعار المحــددة لمــكان العقار في الدليل المنصــوص عليه في المادة السادســة عشرة من هذا النظام، كان للوزير أو من يفوضه أو رئيس المصلحة المســتقلة أو من يفوضه، اعتماد قرار الاستئجار بعد إكمال الإجراءات المنصوص عليها في هذا النظام وإبرام عقد الإجارة، وإذا كانت الإجارة المطلوبة للعقار المقترح تزيد على الأســعار المحددة في الدليل لنوع العقــار ومكانه، فعلى الجهة الحكوميــة إبلاغ وزارة المالية- مصلحــة أملاك الدولة - للكشف على العقار وإجازة الإجارة قبل اعتماد الجهة قرار الاستئجار وإبرام العقد.

وتبياناً لذلك فقد نصت المادة (١٥) من النظام على أن:

أ- تكــون إجراءات العقــار المراد اســتئجاره بمائتي ألف ريال فأقل عــن طريق الجهة الحكومية الراغبة في الاستئجار.

---

(٢٣١) نصت المادة السابعة من اللائحة التنفيذية على أنه

«أ -يقتصر الإعلان في الصحف - وفقاً للضوابط المنصوص عليها في المادة (الرابعة) من النظام - على المباني والعقارات المراد استئجارها، ولا يشمل ذلك الخدمات المساندة الأخرى كالتأثيث، والصيانة والتشغيل، أو الحراسات الأمنية، وغيرها مما يجب الإعلان عنه بشكلٍ مستقل وفقاً لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

ب- يجب أن يتضمّن الإعلان مواصفات عامة وغير محددة مما تنطبق على عقار بعينه».

(٢٣٢) اشــترطت المــادة (٩) من اللائحة ان يكون من بــين أعضاء اللجنة المكونة لفحص عروض الإيجار أحد المهندســين أو الفنيين المتخصصين من منســوبي الجهة المســتأجرة، ويجوز الاســتعانة بمن لدى الجهات الأخرى إذا لم يكن ذلك متوفراً لدى الجهة المستأجرة».

ب- تكــون إجــراءات العقار لما زاد عــلى مائتي ألف ريال عن طريــق لجنة من الجهة الراغبة في الاستئجار ومندوبين من الجهة وتحتسب الأجرة بحسب النسب الآتية:

١- (١٢)٪ للمدارس والمراكز الأمنية والمستشفيات والمراكز الصحية.

٢- (١٠)٪ لما عدا ذلك من الإدارات الحكومية الأخرى.

٣- إذا كان عرض المالك أقل من هذه النسب فيؤخذ به.

د- مدة الإيجار:

نصت المادة (٧) من النظام على أن «أ-يكون عقد الإجارة لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات وينــص في العقد على تجديده تلقائياً بعد نهاية مدتــه ما لم يبلغ أحد الطرفين الآخر بعدم رغبتــه في تجديده قبل «مائة وثمانين يوماً» من نهاية العقد أو نهاية المدة المحددة، ويجوز أن يتضمن العقد أن للجهة الحكومية تمديد العقد بعقد نهاية مدته الأولى لمدة لا تزيد على ثلاث ســنوات دون شرط موافقة المؤجر، وفي هــذه الحالة يجوز أن ينص العقد على زيادة الأجرة بما لا يزيد على ٥٪ من الأجرة الأولى إذا كان التمديد لمدة ســنة واحدة وما لا يزيد على ١٠٪ من الأجرة الأولى إذا كان التمديد لأكثر من سنة.

ب- يجــوز بالاتفاق مع وزارة المالية أن تصل مــدة عقود إيجارات المباني إلى اثني عشر عاماً إذا كان العقار المراد اســتئجاره ينشــأ وفــق شروط ومواصفات مســبقة يتفق عليها الطرفان "المؤجر والمستأجر"»[٢٣٣].

---

(٢٣٣) قد أتت اللائحة بكثير من الضوابط على هذه المادة حيث نصت المادة (١١) منها على أن «أولاً: يراعى في تنفيذ الفقرة (أ) من المادة (السابعة) من النظام ما يلي:

١ - ألا تقل مدة عقد الاستئجار عن (سنة) واحدة ولا تزيد على (ثلاث سنوات) قابلة للتجديد أو التمديد.

٢ - أن يُنَــصّ في العقد عــلى تجديده تلقائياً ما لم يبلِغ أحد الطرفين الآخر بعدم رغبته في التجديد قبل (مئة وثمانين) يوماً من نهاية العقد أو نهاية المدة المُجدَّدة.

٣ - إذا بلغت مُدَد الاستئجار ــ وفقاً للفقرة (١) من هذه المادة ــ (تسع سنوات) فيجب البحث عن عقار مناسب، ولا يتم تجديد العقد أو تمديده أكثر من ذلك إلا في حالة عدم وجود العقار البديل والمناسب من حيث القيمة والمواصفات، ويكون ذلك بالاتفاق مع (وزارة المالية).

٤ - تُدفع قيمة العقد على دفعات متساوية مقدار كل دفعة(...) ريالاً، وذلك عند بداية كل سنة من مدة العقد.

ثانياً: يجوز - باتفاق الطرفين - تمديد العقد بعد انتهائه، لمدة أقل من مدته وبنفس شروطه.

ثالثاً: يجوز للجهة المستأجرة تمديد العقد دون موافقة المؤجر بالشروط التالية: -

هـ- إنهاء العقد وإخلاء العقار:

ينتهــي العقد طبيعيــاً بانتهاء مدته وعلى أحكام الإنهاء فقد نصت المــادة (٨) من النظام على أن «تبلغ الجهة الحكومية المستأجرة المؤجر برغبتها في عدم تجديد العقد أو تمديده في الوقت المحدد في عقد الإيجار، بخطاب مسجل على عنوانه المسجل لديها، ما لم يؤخذ عليه إقرار بالعلم بالرغبة في عدم التجديد، ويجوز للجهة المستأجرة إنهاء العقد وإخلاء العقار قبل انتهاء مدة الإجازة إذا أصبح العقار غير صالح للاســتعمال بسبب عيب في الإنشاء أو كان في المكان خطورة»[٢٣٤]. ويكون تسليم المبني كما نصت المادة (١٠) من النظام بموجب محضر تثبت فيه حالته وما أصابه من أضرار نتيجة الاســتعمال غير العادي، ويوقع المحضر ممثل عن الجهة المســتأجرة والمؤجــر أو من يمثله، وعند اعتراض المؤجر أو من يمثله على حجم الأضرار أو نوعيتها المثبتة في المحضر فله أن يكتب اعتراضه ويوقع عليه"، ويكون تبليغ المؤجر كما نصت المادة (١١) من النظام بموجب خطاب مسجل يرسل على عنوانه المســجل لدى الجهة الحكومية المستأجرة، يحدد فيه موعد التسلم خلال مدة لا تقل عن خمسة عشر يوماً من تاريخ إرساله ما لم يؤخذ عليه إقرار بالعلم بموعد التسلم، فإذا لم يحضر المؤجر أو من يمثله في الموعد المحدد يقوم ممثل الجهة المســتأجرة بالاشــتراك مع مندوب الإمارة أو المحافظة أو المركز بتوقيع المحضر المشــار إليه في المادة الحادية عشرة من هذا النظام وتســليم مفاتيح المبنى إلى الإمارة أو المحافظة أو المركز، وبهذا تعد مســؤولية الجهة المستأجرة منتهية، فلا تدفع أجرة عن أي مدة بعد هذا التاريخ، ولا تسأل عن أي ضرر يصيب المبنى ولم يسجل في المحضر.

---

١ - أن يُنَصّ في العقد على حق الجهة في التمديد دون موافقة المؤجر.

٢ - أن يكون التمديد بعد نهاية مدة العقد الأولى فقط.

٣ - ألاّ تزيد مدة التمديد على (ثلاث سنوات).

٤ - أن يُنَصّ في العقد ــ بحسب الأحوال ــ على جواز زيادة الأجرة بما لا يزيد على (٥٪) من الأجرة الأولى إذا كان التمديد لمدة سنة واحدة، وما لا يزيد على (١٠٪) من الأجرة الأولى إذا كان التمديد لأكثر من سنة.

٥ -إذا تجــاوزت الأجرة ــ وفقاً للفقرة الســابقة ــ صلاحية الجهة المنصوص عليها في المادة (الخامســة عشرة) من النظام فيكون التمديد بالاتفاق مع (وزارة المالية).

رابعاً: على الجهات الحكومية المستأجرة الالتزام بالمُدد المنصوص عليها في هذه المادة».

(٢٣٤) أضافت المادة (١٣) من اللائحة حالات أخرى للإنهاء حيث نصت على أنه "ينتهي عقد الاستئجار في إحدى الحالات التالية:

أ-انتهاء المدة المتفق عليها في العقد وعدم رغبة الجهة المستأجرة في تجديده أو تمديده.

ب -إذا أصبح العقار غير صالح للاستعمال بسبب عيوب في الإنشاء أو لخطورته.

ج -إذا ثبت أن المؤجر قد شرع بنفسه أو بوساطة غيره، بطريق مباشر أو غير مباشر في رشوة أحد موظفي الجهة المستأجرة.

د -إذا اقتضت المصلحة العامة إنهاء العقد.

و- التزامات الجهة والمؤجر

تلتــزم الجهة والمؤجر أثناء تنفيذ العقد بالصيانة حيث نصت المادة (٦) من اللائحة على أنه: «أولاً: ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك، تلتزم الجهة المستأجرة - خلال سريان العقد - بإجراء الصيانة العادية (الوقائية) للعقار المستأجر ومكوناته الأساسية، وهي الأعمال الدورية المجدولة شــبه المتكــررة التي يتم القيام بهــا لتفادي التلف التدريجــي للأجهزة والمعدات ومرافــق العقار، وفحص الأجهزة والمعدات طبقاً لتعليمات الكتيبات والأدلّة الفنية للشركات الصانعة، وإصلاح ما يلحق بها من أضرار نتيجة استعمالها له.

ثانيــاً: يلتــزم المؤجر - أثنــاء سريان العقــد - بإجــراء الصيانة العلاجيــة (التصحيحية والتجديدية) للتجهيزات الأساســية للعقار المســتأجر على نفقته الخاصة دون المطالبة بأي تعويض أو زيادة في الأجرة.

ثالثــاً: يلتزم المؤجر - مدة سريان العقــد - بصيانة المصاعد الكهربائيــة والهيدروليكية عن طريق إحدى الشركات أو المؤسسات المتخصصة، على حسابه.

رابعاً: على الجهة الحكومية الراغبة في الاســتئجار أن توضح في عقد الاســتئجار، الأحكام الواردة في البنود السابقة.»

ز-مسؤولية الجهة.

نصت المادة (٩) من النظام على أنه «لا تكون الجهة المســتأجرة مســؤولة عن تعويض المؤجر عند إخلاء العقار عن الأضرار الناتجة عن عيب في الإنشاء، أو عن الاستعمال العادي أو عــن تكاليف التعديــلات، أو المباني الإضافية أو تكاليف إزالتهــا التي طلبتها من المؤجر ووافق عليها قبل إبرام العقد، وتكون الجهة المســتأجرة مســؤولة عن تعويض المؤجر عن الأضرار الناتجة عن الاستعمال غير العادي بما في ذلك الآتي:

أ- اقتــلاع معدات أو أدوات ثابتة منهــا النوافذ والأبواب ومحتويات المطابخ والحمامات أو إلغائها أو الاستبدال بمكانها غرض آخر.

ب- هدم جدران أو حصول تكسيرات أو حفر في أرضيات البناء.

ج- ردم برك أو مساحات خضراء.

د- خـراب وحـدات التكييـف أو حصـول تلـف في شـبكة الكهربـاء والمـاء أو الصرف الصحي».

وإجرائياً لتحديد التعويض نصت المادة (١٢) من النظام على أن «تكوِّن الجهة المستأجرة لجنـة من ثلاثة من موظفيها لحصر الأضرار المشـار إليها في المـادة الحادية عشرة من هذا النظـام، وتقدير قيمـة التعويض وتحرير محضر مفصل بذلك خـلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ إخلاء العقار، فإذا كانت القيمة المقدرة للتعويض لا تتجاوز ٢٥٪ من الأجرة السـنوية أو مبلغ مئة ألف ريال أيهما أقل، تدفع الجهة المسـتأجرة التعويض للمؤجر بعد إكمال الإجراءات المنصوص عليها في المادة الرابعة عشرة من هذا النظام، فإن زادت القيمة المقدرة عن هذا الحد تكوَّن لجنة من وزارة المالية وديوان المراقبة العامة والجهة المستأجرة لتقديـر قيمة التعويض وتحـرر محضراً بذلك، وتنهي هذه اللجنة عملها خلال مدة لا تزيد على مئة وعشرين يوماً من تاريخ إخلاء العقار، على أن تراعي اللجنة في تقديرها للتعويض المدة التي مضت بين إخلاء العقار ووقت معاينتها له.

ولا يدخـل في تحديد مقدار التعويض قيام المالك وفقاً للمادة (١٣) بترميم أو تعديل أو تغيـير في المبنى بعد إخلاء العقار وقبل قيام اللجنتين المشـار إليهما في المادة الثانية عشرة من هذا النظام حسب الأحوال، بحصر الأضرار وتقدير قيمتها فليس له حق في التعويض"

وأخـيراً يبلغ المؤجر من قبل الجهة المسـتأجرة بقيمة التعويـض وفقاً للمادة (١٤) من النظام بخطاب مسـجل على عنوانه المسـجل لديها خلال مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوماً مـن تاريخ تقدير التعويض، فإذا قبل المؤجر التعويض يقوم الوزير أو من يفوضه أو رئيس المصلحة المسـتقلة أو مـن يفوضه باعتماد صرف التعويض، فـإن لم يقبل التعويض فله أن يتقدم إلى ديوان المظالم خلال ستين يوماً من تاريخ إبلاغه بالتعويض»[٢٣٥].

هذا وأخيراً تسـتطيع الجهة استئجار مبنى يتم إنشاؤه بالاتفاق مع المؤجر تحت شروط معينـة نصت عليها المادة (١٢) من اللائحة والتي يجري نصها «عند رغبة الجهة الحكومية اسـتئجار مبنى سـيتم إنشـاؤه بالاتفاق مع المؤجر وفق شروط ومواصفـات يتفق عليها

(٢٣٥) لمزيد من القواعد عن التعويض راجع المادة ١٨ من اللائحة وما بعدها.

الطرفان، يراعى ما يلي:

أ - يتم طرح هذه الأعمال في منافسة عامة يُعلَن عنها في الصحف وفقاً لقواعد الإعلان عن المنافسات الحكومية.

ب - ترسل الشروط والمواصفات الخاصة بالمبنى المراد إنشاؤه، الذي تزيد أجرته عن مئتي ألف ريال، وكذلك مسوغات الاستئجار الأخرى إلى (وزارة المالية) قبل الإعلان عنه في منافسة عامة، وعليها أن تقرر إذا كان الاستئجار يحقق مصلحة الخزينة العامة للدولة، أو تملك الجهة للعقار هو الذي يحققها وفقاً لأحكام المادة (الحادية والأربعين) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

ج - تبدأ مدة العقد اعتباراً من تاريخ تسلم الجهة المستأجرة للمبنى المتفق على إنشائه خالياً من أي عوائق، ويعد محضر بذلك يحدد فيه تاريخ تسلم المبنى.

د -لا تتجاوز مدة هذا العقد اثنتي عشرة سنة، ولا يجوز تجديده أو تمديده.

هـ - باستثناء المدة، يخضع هذا النوع من العقود لجميع القواعد والأحكام المُنَظّمة لعقود الاستئجار الحكومي المنصوص عليها في نظام استئجار الدولة للعقار وإخلائه، وهذه اللائحة»[٢٣٦].

ومن تطبيقات هذا العقد قضى ديوان المظالم بأنه « حيث إن المدعي يهدف من إقامة دعواه إلى إلزام المدعى عليها بإخلاء عقاره المستأجر من قبلها كمدرسة ابتدائية، وتعويضه عن الأضرار التي يدعيها، وعن أجرة انتفاعها بالمبنى، على الرغم من انتهاء مدة العقد المبرم بينهما، فعليه تكون هذه الدعوى من قبيل الدعاوى المنصوص عليها بالفقرة (١٣/د) من نظام ديوان المظالم الصادر بالرسوم الملكي رقم (م/٧٨) بتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩ هـ ... وأما فيما يتعلق بموضوع الدعوى فمن حيث إن العقد المبرم بين المدعى عليها والمدعي يعد من حيث المبدأ هو الحاكم بين الطرفين في حال نشوء أية منازعة بينهما وفقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فإن الثابت من أوراق الدعوى ومما ذكره طرفاها بأن آخر تجديد لعقد استئجار عقار المدعي للانتفاع به كمدرسة ابتدائية للبنات كان اعتباراً من ١٤٢٧/٤/٢٥هـ، وهو بذلك ينتهي في ١٤٢٨/٤/٢٥هـ،ومن حيث إن المادة (الثانية) من العقد تنص بأن على الطرف الثاني وهو مالك

(٢٣٦) وتبدو ملاحظة يلزم تسجيلها وهي أن كثيراً من المواد في اللائحة قد تعدت حدود وظيفة اللائحة التنفيذية، لذلك فإنه يراعى حال تعديل النظام أن يكون متضمناً لمعظم تلك المواد اللائحية.

المبنى أن يخطر الطرف الأول قبل (تسعين) يوماً من تاريخ نهاية العقد بعدم رغبته في تجديده فـإذا لم يقم بهذا الإخطار وكان للطرف الأول حاجة للبقاء في العين المؤجرة جاز له البقاء فيها المدة التي يحتاجها؛ بحيث لا تزيد عن (تسعين) يوماً؛ ومن حيث إن المدعي قد تقدم بتاريخ (...) بخطابـه الموجـه لإدارة التعليم مبدياً بموجبه عدم الرغبـة في تجديد العقد وذلك خلال الفـترة المتفق عليها بين الطرفين وعليـه كان لزاماً على المدعى عليها فور انتهاء مدة العقد أن تباشر إجراءات التسـليم والإخـلاء، خاصة وأنها قد أكدت رغبتها كذلـك بعدم تجديد العقد بخطابها رقم (...) بتاريخ ١٤٢٨/٣/١٦هـ عليه لم يجز للمدعي عليها البقاء في العين المؤجرة، وذلك اسـتناداً للقواعد العامة التي تقرر لمن له حق الملكية - الذي هو أقوى الحقوق العينية - سلطة التصرف فيه واستغلاله واستعماله والانتفاع به على الوجه الشرعي الذي يرتضيه دون أن يكون عليه معقب في ذلك، ومن حيث إن استمرار المدعى عليها بالانتفاع من عقار المدعي دون توقيـع عقد معه بذلك يعـد غصباً لمنفعة العين الأمر الذي يوجب عليها دفع أجرة المثل التي يسـتحقها عقاره من تاريخ انتهاء العقد الأخير وحتـى إخلائها للمبنى، ... لذلك حكمت الدائـرة بمـا يلي: أولاً: إلـزام إدارة التربية والتعليم للبنات بمنطقة (...) بإخلاء مبنى المدرسـة الابتدائية (...) والعائدة للمدعي. ثانياً: إلزام إدارة التربية والتعليم للبنات بمنطقة (...) بدفع أجرة انتفاعها بعقار المدعي اعتباراً من ١٤٢٨/٤/٢٥ هـ على أساس (مائة وثمانين ألف) ريال في السنة وحتى إخلاء المبنى، ورفض ما عدا ذلك من طلبات وفقاً لما هو موضح من الأسباب»[٢٣٧].

ثانياً - عقد الإيجار والاستثمار في لائحة التصرف في العقارات البلدية:

في هـذه العقود تبرم البلديات عقود إيجار واسـتثمار لعقاراتها، وفق نظام التصرف في العقارات البلدية ولائحة التصرف في العقارات البلدية.

وعقد الإيجار هو عقد يلتزم فيه المؤجر بتمكين المستأجر أو المستثمر من الانتفاع بالعين مقابل أجر معين ولمدة محددة[٢٣٨].

(٢٣٧) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ٩٦/د/إ/٢٣ لعام ١٤٢٩ هـ في القضية رقم ١٧٨ /٥/ق وتاريخ ١٤٢٩ هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٢٥/إس/١ لعام ١٤٣٠ هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٣٠ هـ ج٥، ص ٢٩٣١.

(٢٣٨) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ١٠/٢/٥٥ لعام ١٤٣٢ هـ في القضية رقم ١٠/٤١٦/ق لعام ١٤٣٢ هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٣/٤/ لعام ١٤٣٣ هـ في القضية رقم ٥٣٩/ق لعام ١٤٣٢ هـ (حكم غير منشور) والذي عرف فيه عقد الإيجار بأنه «عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم».

ولا يختلف عقد الاستثمار عن عقد الإيجار في أن كليهما عقد إجارة غير أنه في الاستثمار يكون هناك جهد من المستأجر في محل الإيجار الذي لا يحقق بذاته المنفعة، ففيه يقوم المستأجر بتجهيز وتشغيل وتنمية محل الاستثمار لتحقيق أقصى درجات المنفعة، بينما يقتصر الإيجار على استغلال منفعة المكان المؤجر كإيجار المحلات التجارية أو أماكن الدعاية أو الصراف الآلي وغير ذلك فهو استغلال لشيء قائم، بخلاف الاستثمار الذي يتضمن الإنشاء والتنمية، لذلك فإن الاستثمار يتميز بأنه مشروع تنموي، يحتاج إلى فترة زمنية طويلة بالقياس للإيجار لإنشاء وتجهيز وتشغيل، واستثمار أموال المشروع مقابل قيمة معينة يدفعها للجهة، وهو بهذا قد يتماثل في بعض حالاته مع عقود الامتياز المطورة من حيث كونه يقوم المتعاقد فيه بإنشاء وإيجار وقد ينتهي الحال بتملك البلدية للمشروع الاستثماري بعد نهاية مدة الاستثمار.

أما عن التزامات وحقوق الأطراف فإنها تختلط ببعض، فما هو حق لطرف يكون التزاماً على الطرف الآخر ولنبدأ بالتزامات المستأجر حيث يلتزم بدفع الأجرة في موعدها المحدد ... كما يلتزم وفقاً للمادة (٢٣) من اللائحة والتي نصت على أن «يراعى في عقود تأجير العقارات البلدية ما يأتي:

١ - الحصول على موافقة البلدية على الجهة الاستشارية المكلفة بالإشراف للتأكد من تنفيذ المشروع وفق المواصفات والمخططات والشروط المتفق عليها وللبلدية الحق في متابعة سير العمل أثناء تنفيذ المشروع.

٢ - حصول المستثمر على الترخيص اللازم من البلدية لتشغيل المشروع».

ويلتزم المستأجر أو المستثمر وفقاً للمادة (٩) من اللائحة فيما خصص من أجله حيث نصت على أنه «لا يجوز استخدام العقار من قبل المستثمر لغير الغرض الذي خصص من أجله في إعلان المزايدة العامة».

وتتبدى حقوق المتعاقد في الحصول على المنفعة خالية من العوائق النظامية والمادية كما يمنح وفقاً للمادة (٢٠) من اللائحة فترة زمنية من أصل مدة العقد «غير مدفوعة الإيجار تعادل ٥٪ من مدة العقد للتجهيز أو الإنشاء».

وأيضاً استلام الموقع الذي منه تحتسب مدة العقد حيث نصت المادة (١٨) على أنه «تحتسب بداية مدة العقد اعتباراً من تاريخ تسلم المستثمر للعقار من البلدية بموجب محضر تسلم موقع من الطرفين شريطة ألا يزيد ذلك على شهر واحد من تاريخ توقيع العقد». واستكمالاً لذلك نصت المادة (١٩) على أن «تقوم البلدية في حالة تأخر المستثمر عن التوقيع على محضر تسلم الموقع بإرسال إشعار خطي للمستثمر على عنوانه. وتحتسب مدة العقد من تاريخ هذا الإشعار».

ومن تطبيقات الديوان في عقد الاستثمار ما قضى به أنه «يهدف المدعي من إقامة دعواه الماثلة إلى الحكم بإلزام المدعية بالعقد المبرم بينهما والمرفق صورته بملف القضية وتعويضها عن خسارتها في مسح الأرض وردمها بمبلغ (...) كما تطالب المدعية بإلزامه بدفع أجرة الموقع التي لم يدفعها منذ بداية العقد وقدرها (...) وحيث ثبت للدائرة أن المدعي تسلم الأرض من قبل المدعى عليها بتاريخ (...) وحتى تقدم دعواه إلى المحكمة لم يقم بإنشاء شيء عليها مما يعلم معه بإخلاله بالعقد في مادته الثالثة عشرة، إذ قالت يحق للبلدية فسخ العقد والمطالبة باسترداد العقار من المستثمر والمطالبة بالأجرة بعد انتهاء المهلة المحددة لإنذاره وذلك في الحالات الآتية :

١- إذا تأخر المستثمر عن دفع الإيجار لمدة ثلاثين يوماً من بدء استحقاقها دون عذر تقبله البلدية.

٢- إذا أظهر المستثمر تقاعساً أو تقصيراً في ممارسة النشاط.

وحيث ثبت إخلال المدعي بما تقدم فمن ثم يكون عمل المدعى عليها بسحب الموقع منه وفسخ العقد إنما هو متوافق مع شروط العقد ونصوصه، ومن ثم فلا تثريب عليها في ذلك، أما طلب المدعي تعويضه عما خسره من ردم الأرض وسرقة الحديد الذي كان فيها بمبلغ (...) فهي دعوى مرسلة لا دليل عليها، إضافة إلى أنها متناقضة إذ جاء في لائحة دعواه أنه خسر في الردم والتسوية مبلغاً وقدره (خمسون ألف) ٥٠٠٠٠ ألف ريال ثم قال في الجلسة أنه خسر مبلغاً قدره (٢٠٠٠٠٠) مائتي ألف ريال (...) ففي هذا الجانب فإن الدائرة لا تقضي له بشيء حيال هذا الطلب»[٢٣٩].

---

(٢٣٩) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ٨٦/د/إ/١٩ لعام ١٤٣١ هـ في القضية رقم ٤/١٨٢٧/ق لعام ١٤٣٠هـ، المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٦٥ لعام ١٤٣٣ هـ في القضية رقم ٦١٥٩/ق لعام ١٤٣١ هـ (حكم غير منشور).

ومــن تطبيقات ديوان المظــالم في عقد الإيجار ما قضى به أنــه «ومن حيث إن المدعي يهدف من دعواه الماثلة إلى إلزام المدعى عليها بدفع مبلغ إجمالي وقدره (...) لقاء خسائره الماديــة في قيمة الإصلاحــات للمحلات التي اســتأجرها من المدعى عليهــا ولم يتمكن من تشغيلها، وقيمة إيجار تلك المحلات والتراخيص، ومقابل ما فاته من كسب خلال تلك الفترة الســابقة، وما لحقه من تعســف المدعى عليهــا (...) الثابت أن المدعي قــد أبرم عقداً مع المدعى عليها لاســتئجار سبعة محلات تجارية (...) بأجرة سنوية قدرها (...) للمحل الواحد بتاريخ ١٤٢٥/٥/٢٩هـ مدته ســنة تبدأ بتاريخ ١٤٢٥/٦/١٦هـ،وحيث إن المتيقن أن إيصال التيــار الكهربائي للمحلات تم بتاريخ ١٤٢٦/٤/٨ هــ (...) كما أن الثابت أيضاً أن التأخير في إيصال التيار الكهربائي لم يكن بسبب المدعي (...) ولما كان العقد محل الدعوى عقد إجارة، وهو عقد يرد على المنفعة القابلة للبدل وهي محل الإجارة، وحيث إن من التزامات المؤجر تســليم العين للمســتأجر مع ضمان التعرض للعيب، وأن عدم تمكين المستأجر من استيفاء المنفعة لأمر لا يعود إليه يثبت حقه في اســتعادة الأجرة، وإن لم يكن ذلك بسبب خطأ من المؤجر وحيث إنه بالرجوع لســبب عدم مقدرة المدعي مــن الانتفاع من المحلات المؤجرة يرجع لعدم إيصال التيار الكهربائي (...) مما لا يمكن معه استغلال المحلات لقصر فترة العقد ومــن ثم فإن المنفعــة المعقود عليها غير متحققة في هذا العقــد، وعليه فإن المدعى عليها ملزمة بإعادة مبلغ الأجرة إلى المدعى .

(...) وحيــث إن قيام مســؤولية المدعى عليها يســتلزم توافــر أركانها من خطأ وضرر وعلاقة ســببية، وحيث إن الثابت أن أساس الحكم على المدعي عليها بإعادة قيمة الأجرة قائم على أساس مسؤوليتها العقدية التي تفرض عليها الالتزام بتمكين المدعي من المنفعة المســتأجرة وضمان التعرض لتلك المنفعة ولو كان بسبب خارجي (...) وحيث إنه بالنسبة لطلب المدعي تعويضه عما فاته من الكســب خلال فترة العقــد والمقررة بمبلغ (...) فإن الثابــت أنه مع ضرورة إثبــات ركن الخطأ في جانب المدعى عليها كما ســبق فإن المتعين أن التعويــض إنما يكون عــن الأضرار المتيقنة والمحققة ولا مجــال للتعويض عن الأضرار المحتملة ..»[٢٤٠].

---

(٢٤٠) ديوان المظالم، حكم الدائرة الإدارية رقم ٢٣/د/إ/١٥ لعام ١٤٢٨ هـ في القضية رقم ٣/٥٨٣/ق لعام ١٤٢٦ هـ المؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم ٤٧٦/ت/١ لعام ١٤٢٨هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٢٨ هـ ج ٦، ص ٢٦٢٤.

المبحث الرابع:

عقود إدارية أخرى:

- بالإضافة إلى ما سبق فإنه توجد عقود تبرمها الجهات الإدارية وردت في أنظمة أخرى أو في أحكام قضائية ونخص منها ما يلي:

أولاً-عقد التوظيف[٢٤١]:

هو اتفاق بمقتضاه يقدم أحد الأفراد خدماته الشخصية في القيام على وظيفة عامة مقابل حقوق والتزامات متبادلة بين الطرفين.

وعقود التوظيف كما قد تكون بين الجهات الحكومية في المملكة وبين غير السعوديين كما في لائحة توظيف غير السعوديين في الوظائف العامة الصادرة بقرار مجلس الخدمة المدنية رقم ٤٥ وتاريخ ١٣٩٨/٨/١ هـ فإنها قد تتم مع السعوديين أيضاً طبقاً لنظام الوظائف المؤقتة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٠) وتاريخ ١٣٨٥/٩/١٢هـ والعقد النموذجي الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (٤٩٩) وتاريخ ٧-٨ /٩/ ١٣٨٥هـ.

أو مع المتقاعدين في الوظائف الدائمة طبقاً للائحة قواعد التعاقد مع من أحيل إلى التقاعد الصادرة بقرار مجلس الخدمة المدنية رقم ٦٠٥/١ وتاريخ ١٤٢٠/١٢/١٧ هـ والمعدلة بقرار مجلس الخدمة المدنية بالقرار رقم ٦٦٣/١ بتاريخ ١٤٢٠/١٢/٢٦ هـ.

ومن تطبيقات الديوان في هذا الشأن ما قضى به بأنه «وحيث إن المدعي يهدف من دعواه إلى الطعن في إنهاء عقده الصادر بالقرار رقم (...) عن مدير الشؤون الصحية بمحافظة (...) وهذه الدعوى وحسب التكييف النظامي السليم لها من قبيل الدعاوى المتعلقة بالعقود والتي الفصل فيها من اختصاص المحكمة الإدارية بديوان المظالم (...) أما عن موضوع الدعوى فالثابت أن المدعى عليها قد تعاقدت مع المدعي بموجب القرار الإداري رقم (...) والمرفق بالأوراق على وظيفة طبيب عام اعتباراً من (...) وقد تم تجديد عقده لمدة سنة واحدة أو لحين توجيه مواطنين سعوديين على وظيفته (...) ثم أصدرت المدعى

---

(٢٤١) لمزيد من التفاصيل د. أيوب منصور الجربوع، التكييف القانوني لعلاقة الدولة بالعاملين فيها وآثاره، في القانون السعودي، دراسة تحليلية في ضوء قضاء ديوان المظالم، مجلة جامعة الملك سعود (العلوم الإدارية) مج٢٤، ع ٢، ٢٠١٢.

عليها قراراها رقم (...) والمتضمن طي قيده اعتباراً من (...) وحيث نصت لائحة توظيف غير السعوديين في الوظائف العامة... في مادتها الثامنة والثلاثين على أنه إذا رغب أي من طرفي العقد عدم تجديده وجب عليه إخطار الطرف الآخر بذلك كتابة وقبل انتهاء مدة العقد بشهرين على الأقل، وإلا تجدد العقد لمثله بقوة النظام، وحيث إن الثابت أن القرار بإنهاء خدماته (...) وحيث إن المدعى عليها قد أبلغت المدعي بإنهاء عقده بمدة تتجاوز الشهرين وفقاً لنص المادة (٣٨) من لائحة توظيف غير السعوديين.. وعليه تكون المدعى عليها قد استعملت الحق المعطى لها نظاماً تجاه تجديد عقد المدعي من عدمه وتخلص الدائرة إلى رفض دعوى المدعي لعدم قيامها على أساس صحيح من الشرع والنظام»[٢٤٢].

ثانياً: عقد المعاونة:

هو اتفاق يتعهد فيه أحد أشخاص القانون العام أو الخاص بأن يساهم نقداً أو عيناً في نفقات مرفق عام أو أشغال عامة معينة، وتجدر الإشارة إلى ان الإدارة ليست ملزمة بتنفيذ المشروع، غير أنه في هذه الحالة يستطيع المتعاقد مع الإدارة أن يتحلل من التزاماته[٢٤٣].

(٢٤٢) راجع حكم الدائرة الفرعية رقم ٢/د/ف/١٩ لعام ١٤٣٠ هـ في القضية رقم ٢/٤٩٣٦/ق لعام ١٤٢٩ هـ المؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ١٦٣/إس/١ لعام ١٤٣٠ هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٣٠، ج ١، ص ٥٩٩.

(٢٤٣) راجع د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٣٩، وبحكم أكثر تفصيلاً في تعريف عقد المساهمة قضت المحكمة الإدارية العليا بأن «عقد المساهمة في مشروع ذي نفع عام هو عقد إداري يتعهد بموجبه شخص برضائه واختياره بالمساهمة نقداً أو عيناً في مشروعات الأشغال العامة أو المرافق العامة وقد يكون المتعهد ذا مصلحة في تعهده أو غير ذي مصلحة فيه، وقد يترتب بعوض أو يتمخض تبرعاً، وقد يكون مبتدأ من تلقاء المتعهد أو بطلب من جانب الإدارة، وقد يكون التعهد منجزاً أو قد يقع مشروطاً، ومهما اختلفت صور هذا العقد وتباينت أوصافه فهو يقوم على المساهمة الاختيارية في مشروع ذي نفع عام فهو عقد إداري وثيق الصلة بعقود الأشغال العامة، يمتاز بخصائص العقود الإدارية التي تنأى عن القواعد المألوفة في مجالات القانون الخاص، ومن ثم فلا يتقيد في شأنه إذا تم على وجه التبرع بقواعد الهبة المقررة في القانون المدني، وإنما تنطبع قواعده باحتياجات المشروع العام الذي يعهد إلى خدمته، وأسباب المصلحة العامة التي تستهدف المساهمة تحقيقها، وعليه فلئن كانت القاعدة في ظل أحكام القانون المدني وجوب أن تكون هبة العقار بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة، ما لم تتم تحت ستار عقد آخر، لأن الورقة الرسمية بما تتضمّنه من الإجراءات وما تستتبعه من الجهر والعلانية توسد ضمانات لأطرافها فتتفتح للواهب فرصة تأمل وتدبر فلا يتجرد من ماله وراء انفعال عارض، كما يظفر الموهوب له بسند رسمي يتسلح به دفاعاً عن حقه قبل ما تستهدف له الهبة من المطاعن فإن مثل تلك الاعتبارات لا تستقيم دواعيها في مجال العقد الإداري بما يؤمنه لأطرافه من أسباب التدبر والروية، وما يقتضيه من إجراءات أمام الجهة الإدارية ذات الشأن هي من جانبها تقابل الرسمية التي تتطلبها الهبة المدنية، كما أن اعتبارات المصلحة والوفاء باحتياجات المرفق الذي تمهد المساهمة إلى خدمته تعلو ما عداها من الاعتبارات بما لا سبيل معه إلى التمسك بطلبات تفتقد

وفي هذا قضى ديوان المظالم بأن «عقد المعاونة أو المساهمة في إدارة أو تنفيذ عمل من أعمال المرفق العام لا ينشــأ عنه أي التزام على جهة الإدارة بأداء مقابل لهذه المســاهمة أو التبرع كما لو قدم أحد الأشــخاص تبرعاً بالمساهمة في إنشاء مبنى لجهة الإدارة وقبلته هذه الجهة، فإن هذا القبول للمساهمة لا يلزم الإدارة بدفع أي مقابل لهذه المساهمة ما لم يكن هناك شرط صريح للمتبرع»(٢٤٤).

وبحكم أكثر تفصيلاً وتقعيداً قضى ديوان المظالم بأن «الثابت أن المدعي قد ســاهم لدى المدعــى عليهــا بمبلغ (٨٠٠٠٠٠٠) ثمانيــة ملايين ريال وفقاً لســندات القبض الصادرة من المدعى عليها(...) المتضمن طلب مســاهمته لدعم مــشروع مركز الخدمات المميزة لرجال الأعمال والمستثمرين، إلا أن المدعى عليها توقفت عن تنفيذ المشروع، وامتنعت عن إعادة المبالغ التي ســاهم بها المدعي بعد مطالبته لها بحجــة أنها تبرع، ومن أن المنظم لم يعطها صلاحية إعادة هــذه المبالغ(...) وبما أن العقد هو ارتباط إيجاب بقبول مشروع يثبت أثره في محلــه (...) ومن ثم فــإن العقد يتكون من إرادتين جازمتــين موجبهما انبرام العقد منذ تمامه بمجرد الإيجاب والقبول، وتلك هي الغاية الأساســية التي شرع العقد سبيلاً إليها، وبما أن التزامــات المتعاقدين تنشــأ مما اتجهت إليه إرادتهما عند إبرامهما للعقد، وإذ تســتند المدعــى عليها في رد طلب المدعي أنها قد اســتحقت المبالغ محــل الدعوى بناءً على إرادة منفردة، وأن الأمر السامي خولها استيفاء المبالغ دون ردها، وحيث إن المدعي يطلب الحكم بإلــزام المدعى عليها إعادة ما ســاهم به من مبالغ قدرهــا (٨٠٠٠٠٠٠) ثمانية ملايين ريال وذلــك لعدم تنفيذها المشروع الذي ســاهم من أجلــه، وإذ إن حقيقة إجابة المدعى عليها بأن اســتحقاقها للمبالغ المدفوعة من المدعي كانت بناءً على إرادته المنفردة بالإشارة إلى أن العقد منشأ النزاع عقد تبرع ومن ثم فإنه لا يمكن أن ينتج التزامات من قبل المتبرع له ولما كان هذا الفهم مجانباً لما قررته الفروع الفقهية حيث لا مشــاحة في اصطلاح المســمى، إذ

دواعيهــا، وترتيباً على ذلك فــإن العقد محل الطعن وهو تبرع بتقديم عقار لجهــة إدارية لإقامة مشروع ذي نفع عــام على أن تتحمل الإدارة بقيمة النفقات وإقامة المــشروع لا يعتبر عقد هبة وإنما يعتبر عقداً إدارياً تطبق عليه الأحكام والقواعد الخاصة بالعقود الإدارية» حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٥٩٦ لسنة ٣٥ ق، بجلسة ٢٠٠٣/٢/١٥، المجموعة، م ٤٨، ج ٣، ق ٥١، ص ٤٣٧.

(٢٤٤) راجــع حكم الدائرة الإدارية رقم ٥٥٣/ت/١ لعــام ١٤٢٧ هـ في القضية رقم ١/٢٢٠٣/ق لعام ١٤٢٣ هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٢٧ هـ مرجع سابق، ج٥، ص٢٧١٩.

العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، وقد اعتد الفقهاء بقصد المتبرع فقال في الإقناع فإن قصد بإعطائه الثواب في الآخرة فقط فصدقة، وإن قصد إكراماً وتودداً فهدية وإلا فهبة وعطيــة ونحلة ومن ثم فإنه لو شرط - أي المتبرع- عوضاً معلوماً صارت بيعاً فـ (يثبت فيها خيار وشفعة ونحوهما) فأثبت للتبرع عند انعقاده على إيجاب المتبرع بشرط عوض معلوم وقبول المتبرع له بهذا الشرط (...) وتقريراً لما سبق فإن التزام المدعى عليها بقبولها لإيجاب المدعي إنشــاء المشروع الذي اتفقت إرادتهما على مســاهمة المدعــي فيه وحيث اتجهت إرادتهما للالتزام به وتنفيذه، فإنه لا وجه لإخلال المدعى عليها بالتزامها فإن هي فعلت فإن للمتعاقد معها طلب رد مركزهما في العقد إلى ما كانا عليه قبل إبرامه فله حق الفسخ .. .. ولما تقرر في الفقه والقضاء الإداري أن للإدارة الســلطة المطلقة في تقرير الصالح العام ما لم يظهر انحراف في غايتها وحيث إن محل التزامها من المرافق التي تستهدف المصلحة العامة بمــا لا معقب على جهة الإدارة في تنفيذه، ومن ثم لا يصح إلزامها بالتنفيذ وليس للمتعاقد معها إلا طلب الفســخ بإعادة مراكز المتعاقدين إلى ما كانت عليه قبل إبرام العقد وتمكين المدعي من اســترداد ما ســاهم به وإلا تكون قد أثرت على حســاب الغير دون وجه حق، متجاهلة ما هي مأمورة به شرعاً ونظاماً من وجوب الالتزام بالعقود»[٢٤٥].

٣- عقد القرض:

هو اتفاق فيه يقرض أحد أشخاص القانون الخاص أو العام مبلغاً من المال لأحد أشخاص القانــون العــام، مقابل التزام الأخير برد المبلغ على دفعات في أوقات معينة. ويســمى هذا بعقــد القرض العام، ومشروعية هــذا العقد تتوقف على كونه قرضاً حســناً أم كان مقابل فائــدة معينة، فإن كانت الأخيرة كان العقد باطلاً لمخالفته أحكام الشريعة الإســلامية التي تحرم الربا، وفي المقابل يوجد عقد القرض الذي تبرمه الإدارة مع أحد الأشــخاص لمساعدتهم في أعــمال معينــة، ويلزم كذلك لمشروعيتــه خلوه من الفائدة لهذا أبطلــت هيئة التدقيق بديوان المظالم عقداً أبرم بين الإدارة وأحد الأشــخاص اســتناداً إلى الفتوى الشرعية الصادرة من هيئة كبار العلماء برقم ٦٦ وتاريخ ١٣٩٩/٢/٦هـ التي قررت «أن الرســوم التي وضعها

(٢٤٥) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ٦٨/د/إ/٢/١ لعام ١٤٣٤ هـ في القضية رقم ٢/٥٥٥٤/ق لعام ١٤٣٣ هـ المؤيد من محكمة الاســتئناف الإدارية بالحكم رقم ٣/٦١٢ لعام ١٤٣٤ هـ في القضية رقم ٢/٢٨٤٦/س لعام ١٤٣٤ هـ (حكم غير منشور).

صندوق التنمية الصناعي السـعودي على القروض بنسبة مئوية ومحددة من قيمة القرض مقابـل تكاليف الدراسـة والمتابعة والمصاريف الإدارية يعتبر نوعاً مـن الربا لكونها مقابل القـرض، إذا قدر أهـل النظر والخبرة ما يقوم بـه الخبراء الفنيون من متاعب الدراسـات الفنية والمالية لمصلحة المشروع فللمقرض الأجر المستحق مقابل هذه الدراسات ..كما أصدر مجلس مجمع الفقه الإسـلامي في مؤتمره الثالث المنعقد خلال الفترة من ٨-١٣ صفر ١٤٠٧ هـ قراراه رقم ١/د٣/٠٧/٨٦ بخصوص خدمات القرض في البنك الإسـلامي للتنمية باعتماد المبادئ التالية :١- جواز أخذ أجور عن خدمات القروض ٢- أن يكون ذلك في حدود النفقات الفعلية، وكل زيادة عن النفقات الفعلية محرمة شرعاً لأنها ربا ..واستناداً لما تقدم ترى هيئة التدقيـق صحة ما قضت به الدائرة من إبطال الشرط الـوارد بالعقد بين المدعي وصندوق التنمية الصناعي السعودي ..»[٢٤٦].

هذا وتوجد عقود أخرى تملي تسميتها طبيعة العقد كعقد الضمان، وعقد التأمين، وغير ذلك من العقود التي تبرمها الإدارة لتنفيذ نشاطاتها.

(٢٤٦) حكـم ديـوان المظالم رقم ١٠/ت/٣ لعام ١٤١٣ هـ مجموعة القضاء الإداري، مرجع سـابق، ص ١٩٦، وراجع أيضاً الحكـم الابتدائي رقـم ١٧٩/د/ف/١٥ لعام ١٤٢٦ هـ في القضية رقم ١/١/١٠٠٠/ق لعـام ١٤٢٥ هـ المؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم ٦٠/ت/١ لعام ١٤٢٧ هـ ج ٥، ص ٢١٥٣.

الباب الثاني
إبرام العقود الإدارية

تلتزم الجهــات الحكومية في إبرامها للعقود بمجموعة من المبادئ والقيود، وكذلك أيضاً بطرق محددة نص عليها النظام وعليه سنقسم هذا الباب إلى فصلين كما يلي:

الفصل الأول: المبادئ والقيود التي تحكم إبرام العقود الإدارية.

الفصل الثاني: طرق إبرام العقود الإدارية.

الفصل الأول
المبادئ والقيود التي تحكم إبرام العقود

إن مبرر وجود واستمرار المرافق العامة هو تحقيق المصلحة العامة؛ وحتى تتحقق تلك الأخيرة بشـــكل صحيح في مجــال العقود الإدارية؛ فقد وضع المنظــم مجموعة من المبادئ ووضع عــدداً من القيود يجب على الجهات الحكومية الالتــزام بها حال التوجه نحو إبرام هــذه العقود وذلك بهدف تحقيق أقصى درجات المصلحة العامة التي هي غاية إبرام هذه العقود.

وعليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين كما يلي:

المبحث الأول:

المبادئ التي تحكم إبرام العقود الإدارية:

توجد مجموعة من المبادئ تحكم إبرام العقود الإدارية وتترابط فيما بينها لتحقيق أقصى درجات المصلحة العامة ولأهمية تلك المبادئ فقد عرض نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية لتلك المبادئ في نصوص متفرقة منهما، ويمكن تحديدها في ثلاثة مبادئ وهي: مبدأ المساواة، ومبدأ الشفافية، ومبدأ تحقيق الكفاءة الفنية والكفاية الاقتصادية وسنعرض لهذه المبادئ في خطوطها العريضة وذلك كما يلي:

أولاً: مبدأ المساواة:

يعد مبدأ المساواة بصفة عامة من المبادئ المهمة والأساسية التي أكدتها الأديان السماوية ونصت عليها إعلانات ومواثيق حقوق الإنسان واعتمدتها الدساتير في صلب موادها.

قال الله تعالى (يَا أَيُّهَا النَّاسُ إنا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَانثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعوباً وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إن أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إن اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ) (الحجرات:١٣) وقال النبي صلى الله عليه وسلم (يا أيها الناس إن ربكم واحد وإن أباكم واحد، لا فضل لعربي على عجمي، ولا لعجمي على عربي، ولا لأحمر على أسود، ولا لأسود على أحمر إلا بالتقوى) [٢٤٧].

ونص إعلان حقوق الإنسان الفرنسي الصادر في ٢٦ أغسطس ١٧٨٩ في مادته الأولى على أن " الناس يولدون أحرارا، وأنهم متساوون في الحقوق ولا تمييز بينهم إلا حسب ما تمليه المصلحة العامة" ونصت المادة الأولى من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر من الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ ١٠ ديسمبر ١٩٤٨ على ذلك بالقول "يولد جميع الناس أحراراً متساوين في الكرامة والحقوق، وقد وهبوا عقلاً وضميراً وعليهم أن يعامل

(٢٤٧) أخرجه البيهقي وحسنه الشيخ الألباني، راجع سلسلة الأحاديث الصحيحة، للشيخ محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف، الرياض، ١٤٢٥، ج٦/ ٤٤٩.

بعضهم بعضاً بروح الإخاء»[٢٤٨].

ولم يغفل النظام الأساسي السعودي النص على مبدأ المساواة رغم اعتماده الأصول الشرعية التي تقدر وتثمن هذا المبدأ فقرر في مادته الثامنة أن «يقوم الحكم في المملكة العربية السعودية على أساس العدل والشورى والمساواة وفق الشريعة الإسلامية».

إن مبدأ المساواة في مجال العقود الإدارية وبالإضافة إلى الاعتبارات السابقة فإنه يستند على طبيعة المرافق العامة ذاتها التي توجب المساواة أمام المرافق العامة فالمرفق العام بطبيعة وجوده في خدمة الجميع ولمصلحة الجميع، ولهذا فمن الطبيعي أن يتساوى الجميع في التعامل مع المرفق وفقاً للاعتبارات القانونية العامة المجردة التي لا تحابي أحداً على حساب أحد، فهي تتعامل مع أوصاف وليس مع ذوات، الأمر الذي يقتضي بالضرورة مبدأ المساواة.

وختاماً وهو الأهم فإن مبدأ المساواة في مجال العقود قد أتى لتحقيق الصالح العام فمبدأ المساواة يحقق حرية المنافسة التي تتيح بدورها للإدارة اختيار أفضل العطاءات بما يحقق الكفاية الاقتصادية والكفاءة الفنية.

هذا ويعنى مبدأ المساواة في مجال العقود الإدارية أن يعامل جميع المتنافسين على قدم المساواة متى تماثلت مراكزهم القانونية وتوافرت فيهم الشروط المطلوبة تجاه العملية العقدية.

وعلى مبدأ المساواة جاءت معظم المبادئ الأساسية لنظام المنافسات حيث نصت المادة الأولى/ ج على تعزيز النزاهة والمنافسة، وتوفير معاملة عادلة للمتعهدين والمقاولين؛ تحقيقاً لمبدأ تكافؤ الفرص.

---

(٢٤٨) وراجع أيضاً المادة الثانية والسابعة منه والتي نصت على أنه « لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان، دون أي تمييز، كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي آخر، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد أو أي وضع آخر، دون أي تفرقة بين الرجال والنساء. وفضلاً عما تقدم فلن يكون هناك أي تمييز أساسه الوضع السياسي أو القانوني أو الدولي للبلد أو البقعة التي ينتمي إليها الفرد سواءً كان هذا البلد أو تلك البقعة مستقلاً أو تحت الوصاية أو غير متمتع بالحكم الذاتي أو كانت سيادته خاضعة لأي قيد من القيود» وفي المادة السابعة « كل الناس سواسية أمام القانون ولهم الحق في التمتع بحماية متكافئة عنه دون أي تفرقة، كما أن لهم جميعاً الحق في حماية متساوية ضد أي تميز يخل بهذا الإعلان وضد أي تحريض على تمييز كهذا».

ونصت المادة الثانية من النظام على أن «تتعامل الجهات الحكومية عند تنفيذ منافساتها وتوفير مشترياتها مع الأفراد والمؤسسات والشركات المرخص لهم بمزاولة العمل الذي تقع في نطاقه الأعمال طبقاً للأنظمة والقواعد المتبعة».

وجــاءت المادة الثالثة لتؤكــد المبدأ وبصورة أكثر وضوحاً فنصت عــلى أنه «مع مراعاة ما ورد في نظام الاســتثمار الأجنبي يعطى جميع الأفراد والمؤسســات والشركات الراغبين في التعامل مع الحكومة ممن تتوافر فيهم الشروط التي تؤهلهم لهذا التعامل فرصاً متساوية ويعاملون على قدم المساواة».

وتحقيقاً لمبدأ المســاواة كان على الجهــات الحكومية وفقاً للمادة الرابعة من النظام أن «توفر للمتنافسين المعلومات الواضحة الكاملة والموحدة عن العمل المطلوب، ويمكنون من الحصــول على هذه المعلومات في وقت محدد، كما توفر نســخ كافية من وثائق المنافســة لتلبية طلبات الراغبين في الحصول عليها».

وتبياناً لهذه المادة فقد نصت المادة السادسة من اللائحة على أنه:

أ- على الجهة الحكومية توفير نســخ كافية من وثائق المنافسة لتلبية طلبات الراغبين في شرائها، ولا يجوز الامتناع عن بيعها أو الاعتذار عن توفير هذه الوثائق لأي سبب كان، ما دامت المدة المحددة لقبول العروض سارية المفعول.

ب - يجب أن تكون النسخ المشتملة على وثائق المنافسة مرقمة ومختومة بختم الجهة.

ج - على الجهة الحكومية تحري الدقة في تحديد أســعار وثائق المنافســة، بحيث تكون الأسعار متناســبة مع تكاليف إعدادها، وألا تبالغ بتقدير أثمانها، بما يؤدي إلى إحجام الراغبين عن التقدم للمنافسة[٢٤٩].

(٢٤٩) حــددت المادة ١٧ من نظام المناقصات والمزايدات الاســبق كيفية تقدير كراســة الــشروط فنصت على أن «تحدد قيمــة أوراق المواصفــات التي يطلبها الراغبون في التقدم في المناقصات بقيمــة تكاليفها مضافا اليها عشرة في المائة مقابل المصروفات الإدارية..» وجاء في خطاب ســعادة وكيل وزارة الماليــة والاقتصاد الوطني رقم ٢/١٢/١٥١٥٣ في ١٣٨٧/١/٢٦هـ .. أن المقصود من نص المادة ١٧ من نظام المناقصات والمزايدات هو تحديد قيمة أوراق المواصفات التي يطلبها الراغبون في التقديم في المناقصة بقيمة تكاليفها مضافاً اليها عشرة في المائة كمصروفات إدارية والمقصود بالتكاليــف هنا تكاليف اجراءات المناقصة لا المشروع أي ان تكاليف الاعلان تدخل ضمن قيمة أوراق المواصفات» وجاء أيضاً في هذا الموضوع خطاب سعادة وكيل وزارة المالية والاقتصاد الوطني رقم ١٢/٩٢٣٩ في ١٣٨٩/٧/١٢ أنه

ولما كان مبدأ المســاواة لا يتحقق في أجلى صوره إلا بحرية المنافســة فقد جاءت المادة السادســة لتجعل المنافســة هي الأصل الذي تقوم عليه عقود الجهــات الحكومية فنصت على أنه «تطرح جميع الأعمال والمشــتريات الحكومية في منافسة عامة عدا ما يستثنى من المنافسة بموجب أحكام هذا النظام».

وإذا كان مبدأ المساواة لا يتحقق في أجلى صوره إلا بحرية المنافسة فإن هذه الأخيرة لا تتحقق أيضاً في أجلى صورها إلا بالإعلان عن المنافســة، ليتاح لكافة الراغبين الاشــتراك فيها وعلى ذلك نصت المادة السابعة من النظام:

أ - يعلن عن جميع المنافسات الحكومية في الجريدة الرسمية، وفي صحيفتين محليتين، وبالوســائل الإعلانيــة الإلكترونية وفقاً لمــا تحدده اللائحة التنفيذيــة لهذا النظام، ويجــب أن يحدد في الإعلان عن المنافســة موعد تقديــم العروض وفتح المظاريف ومكانهما .

ب - الأعمال أو المشاريع ذات الطبيعة الخاصة التي لا يتوفر لها متعهد أو مقاول داخل المملكــة يتم الإعلان عنها خــارج المملكة بالإضافة إلى الإعلان عنها في الداخل وفقاً لما تضمنته الفقرة السابقة».

غير أن مبدأ المساواة لا يمنع من استبعاد فئات معينة، هذا الاستبعاد قد يكون وقائياً وقد يكون جزائياً وذلك تحقيقاً للمصلحة العامة التي تتكاتف كل المبادئ والقيود وصولاً إليها.

وعلى استبعاد فئات معينة من الاشتراك في المناقصات نصت المادة (١٣) من اللائحة على أنه لا يجوز التعامل وفقاً لأحكام النظام وهذه اللائحة مع الأشخاص المشار إليهم فيما يلي:

١- موظفو الحكومة، ويستثنى من ذلك:

أ- الأعمال غير التجارية إذا صرح لهم بمزاولتها.

ب- شراء كتب من تأليفهم سواءً منهم مباشرة أو من الناشرين أو المكتبات.

« نفيد أن التكاليف التي يجب مراعاتها عند تقدير قيمة الشروط هي كما يأتي: ١- المجهود الذهني الذي بذل عند دراســة وإعداد المشروع.٢- تكاليف إعداد الخرائط والرســوم اللازمة للمشروع.٣- تكاليف الخدمات والاستشارات الهندسية.٤- القيمة القرطاسية لجميع الأوراق التي تتعلق بالمشروع (٥- ١٠٪) مقابل المصاريف الإدارية .

ج- تكليفهم بأعمال فنية أو شراء حق الملكية الأدبية أو الفنية أو مصنفاتهم.

د- الدخول في المزايدات العلنية، إذا كانت الأشياء المرغوب في شرائها لاستعمالهم الخاص.

٢- المسجونون بجرم أثناء اتخاذ إجراءات التعاقد.

٣- من تقضي الأنظمة بمنع التعامل معهم حتى يرد إليهم اعتبارهم.

٤- المفلسون أو من طلبوا إشهار إفلاسهم، أو ثبت إعسارهم، أو صدر أمر بوضعهم تحت الحراسة

٥- الشركات التي جرى حلها أو تصفيتها.

٦- من لم يبلغ من العمر ثمانية عشر عاماً.

٧- ناقصو الأهلية.

٨- من صدر قرار بمنع التعامل معهم من الجهات المخولة بذلك نظاماً، أو بحكم قضائي، حتى تنتهي مدة المنع من التعامل.».

هذا ومن الأنظمة المتعلقة بهذا الشأن نظام حماية المرافق العامة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٦٢ في ١٤٠٥/١٢/٢٠هـ[٢٥٠] حيث نصت المادة السادسة على أن «يعاقب بغرامة لا تتجاوز مائة ألف ريال كل من تسبب في إتلاف أي من تمديدات المرافق العامة أو قطعها أو تعطيلها. فإن كان المتسبب في ذلك مقاولاً فإنه يجوز منع التعاقد معه مستقبلاً مدة لا تزيد على ستة أشهر، كما يجوز في حالة العود أن يحكم بمنع التعاقد مدة تزيد على الحد الأقصى المقرر على ألا تتجاوز المدة المحكوم بها ضعف هذا الحد. وتنشر في الصحف المحلية العقوبات المحكوم بها على نفقة المحكوم عليه».

ونصت المادة (١٩) من نظام مكافحة الرشوة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٣٦ وتاريخ ١٤١٢/١٢/٢٩هـ[٢٥١] على أنه «على الجهة المختصة[٢٥٢] بالحكم في جرائم الرشوة الحكم

(٢٥٠) راجع جريدة أم القرى، بتاريخ ١٤٠٦/١/٢٠هـ الموافق ١٩٨٥/١٠/٥، السنة ٦٣، ع٣٠٨١.

(٢٥١) راجع جريدة أم القرى، بتاريخ ١٤١٣/٢/٢هـ الموافق ٣١ /٧/ ١٩٩٢، السنة ٦٩، ع ٣٤١٤.

(٢٥٢) الجهة المختصة وفقاً لنظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ وتاريخ١٤٢٨/٩/١٩هـ هي القضاء العادي وليس ديوان المظالم، نشر بجريدة أم القرى، بتاريخ ١٤٢٨/٩/٣٠هـ الموافق ٢٠٠٧/١٠/١٢، السنة ٨٤، ع ٤١٧٠.

بغرامــة لا تتجــاوز عشرة أضعــاف قيمة الرشــوة، أو بالحرمان من الدخول مــع الوزارات والمصالح الحكومية أو الأجهزة ذات الشــخصية المعنوية العامة في عقود لتأمين مشــترياتها وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها، أو بهاتين العقوبتين على أية شركة أو مؤسسة خاصة وطنية أو أجنبية أُدين مديرها أو أحد منسوبيها في جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا النظام إذا ثبــت أن الجريمة قد ارتكبت لمصلحتها، ولمجلس الوزراء إعادة النظر في عقوبة الحرمان المشار إليها بعد مضي خمس سنوات على الأقل من صدور الحكم».

وأيضــاً ما نصت عليه المــادة (٢٣) من النظام الجزائي لجرائم التزوير الصادر بالمرســوم الملكي رقم م/١١ وتاريخ ١٤٣٥/٢/١٨هـ من أن «كل منشأة خاصة تعمل في المملكة ثبت أن مديرها أو أحد منسوبيها ارتكب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا النظام لمصلحتها وبعلم منها تعاقب بغرامة لا تزيد على عشرة ملايين ريال، وبالحرمان من التعاقد من سنتين إلى خمس سنوات مع أي جهة عامة، وذلك دون الإخلال بأي عقوبة نص عليها هذا النظام في حق الشخص ذي الصفة الطبيعية مرتكب الجريمة»[٢٥٣].

إن الحظر الوارد في النظام ولائحته وتلك الأنظمة، لا يخل مطلقاً بمبدأ المساواة لأن هذه القواعد عامة مجردة تخاطب أوصافاً معينة تماثلت ظروفهم بما لا يخل بمبدأ المساواة فيما بينهم، ومن جهة أخرى لا يخل بمبدأ المســاواة مع غيرهــم لأنهم يختلفون عنهم في المراكز القانونية، وأخيراً فإن حماية المصلحة العامة مقدمة على المصالح الخاصة.

وإيجازاً فإن مبدأ المســاواة يعني أن كل من توافرت فيه الشروط المطلوبة نظاماً يكون من حقه أن يشــارك في المنافســة وإذا اســتبعد دون مقتضى كان له اللجــوء للقضاء إلغاءً وتعويضاً.

ثانياً: مبدأ الشفافية:

تعني الشــفافية بوجه عــام «التزام الإدارة بإشراك المواطنين في إدارة الشــؤون العامة التي تمارسها الإدارة لصالح وحساب المواطنين، مع الالتزام باتخاذ كافة الإجراءات والتدابير التــي تضمن تزويد المواطنين بالبيانات والمعلومات الصادقة عن كافة خططها وأنشــطتها وأعمالها ومشروعاتها وموازناتها وإعلان الأسباب الواقعية والقانونية الدافعة لها وتوضيح

(٢٥٣) راجع جريدة أم القرى، بتاريخ ٧ /٣/ ١٤٣٥هـ الموافق ٧ /٢/ ٢٠١٤، السنة،٩١، ع ٤٥٠٠.

طرق وإجراءات مساءلة الإدارة عن أوجه القصور أو المخالفة، وإقرار حق عام بالاطلاع والوصول غير المكلف لمعلومات ووثائق الإدارة كأصل عام[٢٥٤]، بما يعني كما يقول البعض: "أن تعمل الإدارة العامة (الحكومة) في بيت من زجاج كل ما به مكشوف للعاملين والجمهور، فالإدارة بالشفافية تعني التزام منظمات الإدارة العامة بالإفصاح والعلانية والوضوح في ممارسة أعمالها.."[٢٥٥]، فالشفافية هي بمثابة الديمقراطية الإدارية، فانفتاح الإدارة بوثائقها لكافة العاملين والمتعاملين معها لتسيير المرافق العامة ليحول دون الاستبداد والفساد[٢٥٦].

إن ذلك وإن كان لا يكون على إطلاقه فهناك من المعلومات ما تكون بطبيعتها سرية، فإن المعلومات الخاصة بالعقود يجب أن تكون جميعها في متناول المتنافسين إلا ما ليس له علاقة بالعملية التعاقدية، أو بما يتناقض مع الشفافية كالإفصاح عن السعر التقديري للمناقصات أو المزايدات[٢٥٧].

وفي ضوء ذلك وما يقتضيه نظام المنافسات فإن فالشفافية في مجال العقود الإدارية تعني التزام الجهات الحكومية بإجراء العملية التعاقدية وفقاً للإجراءات التي حددها النظام وحق المتنافسين في الحصول على كافة المعلومات المتعلقة بهذه العملية ما لم يكن ذلك يتنافى مع الغاية من مبدأ الشفافية.

ونظراً لأن الشفافية أصبحت من المبادئ العامة محلياً ودولياً ولا ينكر دورها في تحقيق المصلحة العامة، فقد اعتنى بها وحرص على تواجدها بين نصوصه نظام المنافسات، حيث نصت المادة (١/د) على أن من أهداف النظام «تحقيق الشفافية في جميع مراحل إجراءات المنافسات والمشتريات الحكومية».

---

(٢٥٤) راجع د. عادل أحمد محمد كرداوي، النزاهة والشفافية والمساءلة تجارب سودانية، منتدى المائدة المستديرة «الخدمة المدنية: نحو آفاق جديدة في تقوية النزاهة والشفافية والمساءلة الإدارية، المنعقد باسطنبول - تركيا بتاريخ ٢٠-٢٢-يوليو، المنظمة العربية للتنمية الإدارية ٢٠٠٩، ص ٤.

(٢٥٥) راجع د. سامي محمد الطوخي، الإدارة بالشفافية، مجلة البحوث الإدارية، مصر، مج١٤، ع١، ٢٠٠٢، ص، ١١٤.

(٢٥٦) راجع د. السيد فتحي حسيب، الشفافية والمساءلة في إدارة المنقصات، الملتقى العربي الثالث، الاتجاهات الحديثة لإدارة المشتريات والمخازن، ورشة عمل إدارة المناقصات وعقود الشراء، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ص ٩٨.

(٢٥٧) راجع د. سامي محمد الطوخي، مرجع سابق، ص ١١٥.

وقــد أوفى النظام بعهده إذ حقق الشــفافية في جميع مراحــل العملية التعاقدية حيث نصت المادة (٨) منه على أن "تطرح جميع الأعمال والمشتريات الحكومية في منافسة عامة عدا ما يستثنى من المنافسة بموجب أحكام هذا النظام".

وجعل النظام الإعلان عن المنافسات هو الأصل العام في تنفيذ جميع الأعمال والمشتريات الحكومية وأيضاً جعل في المادة (١٣) منه أن يكون «تحديد الأسعار الإجمالية وما يرد عليها من زيادة أو تخفيض في خطاب العرض الأصلي، ولا يعتد بأي تخفيض يقدم بوساطة خطاب مستقل حتى لو كان مرافقاً للعرض .

ولا يجوز للمتنافســين في غير الحالات التي يجوز التفاوض فيها وفقاً لأحكام هذا النظام تعديل أسعار عروضهم بالزيادة أو التخفيض بعد تقديمها».

وفي المادة (١٥) نص على أن «تفتح المظاريف بحضور جميع أعضاء لجنة فتح المظاريف في الموعد المحدد لذلك، وتعلن على من حضر من المتنافســين أو مندوبيهم الأسعار الواردة في العروض».

وفي المادة(١٧) نص على أنه «لا يجوز الجمع بين رئاســة لجنة فحص العروض وصلاحية البت في المنافســة، كما لا يجوز الجمع بين رئاســة لجنة فتح المظاريف ورئاسة لجنة فحص العروض أو العضوية فيهما».

وفي المــادة (١٩) نص على أن «تتخــذ اللجنة توصياتها بحضور كامــل أعضائها، وتدون هــذه التوصيات في محضر، ويوضح الرأي المخالف إن وجد، وحجة كلا الرأيين، ليعرض على صاحب الصلاحية للبت في الترسية بما يتفق مع أحكام هذا النظام».

واســتكمالاً للقواعــد الســابقة فقد نصــت المــادة (١٥٠) من اللائحة عــلى أن «تنشر الجهات الحكومية أسماء الشركات والمؤسسات التي تقدمت بعروضها في المنافسات العامة والمشتريات وفقاً للضوابط التالية:

١- تعد الجهة لوحة إعلانات في مقر الإدارة المختصة بالمنافسات والمشتريات، في مكان ظاهر تعلن فيه أسماء الشركات والمؤسسات التي تقدمت بعروضها. كما يتم إعلانها في الموقع الإلكتروني للجهة، ويستمر نشر الإعلان لما لا يقل عن خمسة عشر يوماً.

٢- يتم الإعلان بعد فتح المظاريف وإعلان الأسـعار على أن يشتمل الإعلان على المعلومات التالية:

أ – اسم وعنوان ونشاط الشركة أو المؤسسة المتقدمة، والقيمة الإجمالية لعرضها.

ب – اسم المنافسة، وغرضها، ومكان تنفيذها.

٣- لا يلزم النشر في الأعمال التي تبلغ تكاليفها مئة ألف ريال فأقل.

واستكمالاً لتلك الشفافية فقد نصت المادة الرابعة والسبعون من النظام على أنه: «يجب على جميع الجهات الحكومية الإعلان عن نتائج المنافسات العامة والمشتريات الحكومية التي تتعاقد على تنفيذها وتزيد على مائة ألف ريال». وتحدد اللائحة التنفيذية أسلوب الإعلان وإجراءاته. وجـاءت اللائحة في المادة (١٥١) منها لتبين ذلك فنصت على أن « تنشر الجهات الحكومية نتائج المنافسـات العامة والمشـتريات التي تنفذها وتزيد قيمتها عـن مئة ألف ريال وفقاً للضوابط التالية:

١- تقوم الجهة الحكومية وفقاً لسجلات المنافسات والمشتريات لديها، بنشر بيانات إحصائية عن نتائج المنافسات والمشتريات التي تزيد قيمتها عن مئة ألف ريال كل ستين يوماً بحد أقصى، وتشمل البيانات المعلومات التالية:

أ - نوع العقد والأعمال التي تمت ترسيتها.

ب - اسم وعنوان الجهة التي قامت بترسية العقد، وعنوان من يمكن الاتصال به للحصول على معلومات عن العقد.

ج - مكان تنفيذ العقد وتاريخ توقيعه، وقيمته الإجمالية.

د - اسم وعنوان ونشاط الشركة أو المؤسسة الفائزة بالعقد.

٢- تنشر معلومات العقود كل عقد على حده.

٣- تختار الجهة وسائل النشر المناسبة في الصحف والوسائل الإعلانية الأخرى، كما يتم النشر في الموقـع الإلكتروني للجهة، مع تزويد أمانة مجلس الغرف التجارية الصناعية بنسـخة من الإعلان (بصيغة إلكترونية) .

٤- يستثنى من الإعلان والنشر، المشار إليه في هذه المادة، والمادة (الخمسين بعد المائة) من هذه اللائحة، مشتريات الأسلحة والذخائر، والمعدات العسكرية ولوازمها، والمشتريات المتعلقة بالأمن الداخلي، والدفاع الوطني».

وأخيراً فإن الشفافية تعني الالتزام بالإفصاح عن كافة المعلومات والإجراءات المتعلقة بالعملية.

يتعرض الموظفون الذين يخالفون النظام ولائحته بما نصت عليه المادة (٧٥) من النظام والتي نصت على أن «كل مخالفة لأي حكم من أحكام هذا النظام تعرض الموظف المسؤول عنها للمساءلة التأديبية، وفقاً لأحكام نظام تأديب الموظفين وغيره من الأحكام الجزائية الأخرى المطبقة على العاملين في القطاعات الحكومية والمؤسسات العامة، مع احتفاظ الجهة بالحق في إقامة الدعوى الجنائية أو المدنية على المخالف عند الاقتضاء».

ثالثاً: مبدأ تحقيق الكفاءة الفنية والكفاية الاقتصادية:

جمع النظام السعودي بين الحفاظ على الكفاءة الفنية والكفاية الاقتصادية دون تمييز لأحدهما على حساب الآخر، وإن كان ولابد فإن تقديم الكفاءة الفنية يكون هو الأولى في الاعتبار، وذلك حفاظاً على الأموال العامة وتحقيق المصلحة العامة.

لذلك فلا غرابة أن يطالعنا النظام ولائحته لتحقيق ذلك، ففي النظام تطالعنا مباشرة المادة الأولى منه لتنص على أن هذا النظام يهدف إلى«:

أ - تنظيم إجراءات المنافسات والمشتريات التي تقوم بها الجهات الحكومية ومنع تأثير المصالح الشخصية فيها، وذلك حماية للمال العام.

ب - تحقيق أقصى درجات الكفاية الاقتصادية للحصول على المشتريات الحكومية وتنفيذ مشروعاتها بأسعار تنافسية عادلة.

ونصت المادة الثامنة من النظام على أنه «لا يجوز قبول العروض والتعاقد بموجبها إلا طبقاً للشروط والمواصفات الموضوعة لها».

وجاءت المادة التاسعة تالية لها لتحقيق التوازن المنشود بين الكفاءة الفنية والكفاية الاقتصادية فنصت على أنه «يجب أن يتم الشراء وتنفيذ الأعمال والمشاريع بأسعار عادلة لا

تزيد على الأســعار السائدة، وتعد المنافسة الوسيلة العملية للوصول إلى ذلك وفق الأحكام الواردة في هذا النظام».

ولتحقيق التوازن أيضاً بين الكفاية المالية والكفاءة الفنية نصت المادة الحادية والعشرون مــن النظام على أنه «يجوز للجنة فحص العــروض التفاوض مع صاحب أقل عرض مطابق للشروط والمواصفات ثم مع من يليه من المتنافسين في الحالتين التاليتين:

أ - إذا ارتفعت العروض عن أســعار السوق بشكل ظاهر تحدد اللجنة مبلغ التخفيض بما يتفق مع أســعار الســوق، وتطلــب كتابياً من صاحب العــرض الأقل تخفيض ســعره، فإن امتنع أو لم يصل بســعره إلى المبلغ المحدد، تتفاوض مع العرض الذي يليه وهكذا، فإن لم يتم التوصل إلى الســعر المحدد تلغى المنافسة، ويعاد طرحها من جديد.

ب - إذا زادت قيمــة العروض على المبالغ المعتمدة للمــشروع، يجوز للجنة الحكومية إلغــاء بعض البنود أو تخفيضها للوصول إلى المبالــغ المعتمدة بشرط ألا يؤثر ذلك على الانتفاع بالمشروع أو ترتيب العروض وإلا تُلغى المنافسة».

وجاءت المادة الثانية والعشرون لتاكيد هذا التوجه بالنص على أنه «لا يجوز اســتبعاد أي عرض بحجة تدني أســعاره إلا إذا قل بنســبة (٣٥٪) خمســة وثلاثين في المائة فأكثر عن تقديرات الجهة الحكومية والأســعار السائدة، ويجوز للجنة فحص العروض - بعد مناقشة صاحب العرض وإجراء التحليل المالي والفني ووصولها إلى قناعة بمقدرة صاحب العرض على تنفيذ العقد - التوصية بعدم استبعاد العرض» وللحرص على تحقيق الكفاءة الفنية فقد تم تعديل هذه المادة ليكون الاســتبعاد من نصيب من تدنت أســعاره بنسبة ٣٥ ٪ فأكثر دون مناقشة صاحب العرض في ذلك[٢٥٨].

(٢٥٨) عــدل نــص هذه المادة بقرار مجلس الوزراء قرار مجلس الوزراء رقم ١٥٥ بتاريخ ١٤٢٩/٦/٥هـ الذي نص على أن "يستبعد العرض الذي تقل أسعاره بنسبة (٣٥٪) خمسة وثلاثين في المائة عن تقديرات الجهة صاحبة المشروع دون الرجوع إلى مقدم العطاء" واســتمر العمل بذلك بقرار مجلس الوزراء رقم ٢٨٣ بتاريخ ١٤٣٢/٩/٢٢هـ وأيضاً قرار مجلس الوزراء رقم ١٦٠ وتاريخ ١٤٣٦/٣/٢٨ لمدة ثلاث سنوات.

وأيضـاً نصت المادة الثالثـة والعشرون على أنه «يجوز للجنة فحـص العروض التوصية باسـتبعاد أي عرض من العروض من المنافسـة حتى لو كان أقل العروض سعراً، إذا تبين أن لدى صاحب العرض عدداً من المشاريع ورأت اللجنة أن حجم التزاماته التعاقدية قد أصبح مرتفعاً على نحو يفوق قدراته المالية أو الفنية بما يؤثر على تنفيذه لالتزاماته التعاقدية، وفي هذه الحالة تتفاوض مع العطاء الذي يليه وفقاً لقواعد التفاوض المحددة في هذا النظام».

وجـاءت اللائحة لتحافـظ على ذلك التوجه فنصـت المادة الأولى منهـا على أنه "على الجهـات الحكوميـة قبل طرح أعمالها في المنافسـات العامة أو تأمين مشـترياتها، أن تضع شروطـاً ومواصفات فنية تفصيلية دقيقة، للأعمال المطلوبة، عن طريق الجهاز الفني لديها، أو تكليف استشـاري بذلك، على أن تراعي تجنب الإشـارة إلى النوع أو الصنف، أو تحديد علامات تجارية، أو وضع مواصفات لا تنطبق إلا على علامات تجارية معينة.

كـما يجب عليها عدم المبالغـة في المواصفات، وألا تتجاوز حاجـة ومتطلبات المشروع، والاعتـمادات الماليـة المخصصة لـه، وعليها التأكيد عـلى المكاتب الاستشـارية التي تضع المواصفات بالتقيد بذلك.

وجاءت المادة الثالثة لتنص على أنه «على الجهات الحكومية تحديث معلومات مشاريعها وأعمالهـا قبل اعتمادها، ومراجعة المواصفات الفنية والرسـومات والمخططات، وإجراء أي تعديل أو تصحيح عليها، قبل طرح أعمالها في المنافسة العامة أو تأمين مشترياتها، وبخاصة تلك الوثائق التي يمضي على إعدادها فترة طويلة، أو مواصفات الأجهزة والبرامج التي يجري تحديثها بشكل مستمر.

ونصت المادة الرابعة أيضاً على أنه «على الجهة الحكومية القيام باختبارات فحص التربة، وعمل الجسـات اللازمة لمشاريع التنفيذ التي تتطلب ذلك قبل وضع التصاميم والرسومات وكميات الأعمال.

وللتوازن بين الكفاءة الفنية والكفاية المالية نصت المادة الخامسة على أن

أ- تقـوم الجهة الحكومية بالاسـتعانة بالجهاز الفني الذي شـارك في إعداد المواصفات أو غيره من الجهات المتخصصة بالتسـعير، بوضع أسعار تقديرية إرشادية للأعمال

على جداول البنود والكميات الخاصة بالمنافسة، بما يتفق مع الأسعار السائدة في السوق، ومن واقع الأسعار السابق التعامل بها، وذلك قبل الإعلان عن المنافسة، وتوضع في مظروف مختوم يرفع لرئيس لجنة فحص العروض ويفتح من قبل اللجنة عند البت في المنافسة».

ب- على الجهة الحكومية أن تحتفظ بدليل شامل لأسعار المواد والخدمات التي يتكرر تأمينها، على أن تقوم بتحديث الدليل بشكل مستمر».

هذا والقائمة تطول في ذكر تفاصيل ذلك إلا أن اللائحة في مادتين منها ركزت ذلك المبدأ فقد نصت المادة التاسعة والعشرون منها على أن «توصي لجنة فحص العروض بالترسية على أقل العروض سعراً، وأفضلها من الناحية الفنية، المطابق للشروط والمواصفات، وتستبعد مالا يتفق من العروض مع الشروط والمواصفات وفقاً لأحكام النظام وهذه اللائحة».

ونصت المادة الثلاثون على أنه « يجب على لجنة فحص العروض، ولجان الشراء الأخرى، ولجان التحليل الفني، أن تلتزم بالمعايير الفنية والنظامية لتحليل العروض، وتحديد المقدرة الفنية والمالية للمتنافس، المحددة بموجب أحكام النظام وهذه اللائحة».

وعليه ووفقاً لذلك وغيره مما ورد في النظام واللائحة، فإن النظام واللائحة قد اعتمدا مبدأ الكفاءة الفنية والكفاية الاقتصادية، إذ أدركا أن الحفاظ على المال العام بتنفيذ العقود بأقل تكلفة لا يعني عدم النظر إلى الاعتبارات الفنية، فتلك نظرة سطحية قد أعرض عنها النظام السعودي ولائحته، وأخذاً بمبدأ تحقيق الكفاءة الفنية وفي نفس الوقت تحقيق الكفاية المالية تحقيقاً للمصلحة العامة في تنفيذ العقود في شقيها الفني والمالي.

المبحث الثاني

القيود التي تحكم إبرام العقود الإدارية:

ألزم نظام المنافسات والأنظمة ذات العلاقة الجهات المعنية في مجال العقود الإدارية بمجموعة من القيود تحقيقاً للصالح العام ويمكن أن نحددها فيما يلي:

أولاً: توافر الاعتمادات المالية:

تقوم العقود على حقوق والتزامات متبادلة، فإذا كان من حق الجهة المتعاقدة أن ينفذ المتعاقد العقد وفقاً لشروطه، فإنه واجب على تلك الجهة في المقابل أن تقوم بالوفاء بالالتزامات المالية له حتى يستوفي حقه من جهة، ولا يتعثر في التنفيذ من جهة أخرى الأمر الذي يؤثر سلباً على الصالح العام، لذلك كان من الطبيعي أن تتوافر الاعتمادات المالية قبل الاتجاه إلى إبرام أي عقد إداري نظراً لما يتولد عن تلك العقود من التزامات مالية تقع على عاتق الجهات الحكومية. عليه كان لزاماً على الجهات الحكومية أن تتوافر لديها الاعتمادات المالية قبل الاتجاه لتنفيذ أعمالها، لذلك فإن المادة السابعة من اللائحة نصت على أنه «على الجهة الحكومية التأكد من توافر الاعتمادات المالية اللازمة، قبل تأمين مشترياتها أو طرحها لما تحتاجه من أعمال في المنافسة العامة».

ومن مقتضيات ذلك أشارت اللائحة في مادتها الأولى أنه على الجهات الحكومية «عدم المبالغة في المواصفات، وألا تتجاوز حاجة ومتطلبات المشروع، والاعتمادات المالية المخصصة له، وعليها التأكيد على المكاتب الاستشارية التي تضع المواصفات بالتقيد بذلك».

ولقد امتد هذا الالتزام إلى الدفعة المقدمة حيث نصت المادة ١/٦٢ من اللائحة على وجوب «التأكد من توفر السيولة المالية اللازمة في الاعتماد المخصص قبل النص على صرف الدفعة المقدمة في شروط المنافسة».

كما لم يتوقف هذا الالتزام على نظام المنافسات وإنما امتد إلى نظام استئجار الدولة للعقار حيث نصت لائحته التنفيذية في المادة الأولى على أنه مع مراعاة ما ورد في المادة

الأولى نظام استئجار الدولة للعقار وإخلائه، يجوز للجهة الحكومية استئجار ما تحتاج إليه من عقار بالشروط الآتية:

١- توفرالاعتماد المالي في ميزانية الجهة المستأجرة..».

وأكدت اللائحة السابقة بشكل عام على ذلك في مادتها الثانية والعشرين بالنص على أنه «على الجهات الحكومية عدم الاستئجار إلا في حدود الاعتمادات المالية المقررة لها».

وتطبيقاً لتلك النصوص ســالفة الذكر فإنه يجب عــلى الجهات الحكومية قبل الاتجاه لإبرام العقود الإدارية أن يتوافر لديها الاعتمادات المالية لتنفيذ تلك العقود، غير أنه قد لا تطبق تلك النصوص بشكل صحيح من قبل الجهات المعنية، فما هو تأثير ذلك على العقد؟

يشــير البعض من الفقــه رداً على هذا الســؤال إلى أن القانون المالي فرع مســتقل له ذاتيته الخاصة وله قواعده وتفســيراته وأهدافه التي تختلف عن أســاليب وتفسيرات وأهداف القوانين الأخــرى، ومنها بطبيعة الحال القانــون الإداري، الأمر الذي يعني أن مخالفة قواعد القانون المالي ليس لها من نتائج أو جزاءات إلا ضمن هذا القانون فقط، أي أن جزاء هذه المخالفة مقصور فقط على النطاق التشريعي المالي، ويترتب على ذلك نتيجة مهمة تتمثل في أن مخالفة الإدارة للقواعد الخاصــة بالاعتماد المالي لا يترتب عليهــا بطلان التصرف الإداري، ومن ثم فإن الإدارة إذا تعاقدت رغم عدم وجود اعتمادات مالية فإن العقد يكون ســليماً وملزماً للإدارة في مواجهة الأفراد، سواءً أكان الاعتماد غير موجود كلية، أو كانت الالتزامات التعاقدية تزيد على المبلغ المسموح به[٢٥٩].

وهو ما اســتقر عليه مجلس الدولة الفرنــسي حيث أقر الفصل بين قواعد القانون المالي وقواعــد القانــون الإداري، فقد قرر صراحة ومنذ زمن طويل أن العقد المبرم دون اعتماد أو الذي تم فيه تجاوز الاعتماد المقرر يكون مشروعاً وصحيحاً، والإدارة لا يمكن أن تتملص من دفع المبالغ الناجمة عنه.[٢٦٠]

---

(٢٥٩) راجع د. رمضان محمد بطيخ، قيود إبرام العقد الإداري، ندوة إدارة العقود والاتفاقيات، ورشة عمل إدارة المفاوضات، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ٢٠٠٥، ص١٨.وراجع د. ســليمان الطماوي، الأســس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣١٩ وما بعدها. وراجع د. فاروق أحمد خماس، القيود السابقة على التعاقد في عقود الإدارة، مجلة آداب الرافدين ١٩٨٩، العدد ١٩، ص ٣٢٥ وما بعدها. وراجع د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص ١٣٠.

(٢٦٠) راجع د. رمضان محمد بطيخ، مرجع سابق، ص ١٨، ١٩.

وهو ما انتهجه مجلس الدولة المصري، حيث تقول إنه من الثابت في فقه القانون الإداري أن العقــد الذي تبرمه الإدارة مع الغير - كعقد من عقود الأشــغال العامة أو التوريد مثلاً - ينعقــد صحيحاً وينتج آثاره حتى ولو لم يكن البرلمان قد اعتمد المال اللازم لهذه الأشــغال، وحتــى لو جــاوزت الإدارة الاعتماد، ولــو خالفت الغرض المقصود منــه، أو لو فات الوقت المحــدد لاســتخدامه، فمثل هذه المخالفات - لو وجدت مــن جانب الإدارة – فانها لا تمس صحة العقد ولا نفاذه، وإنما تستوجب المسؤولية السياسية»[٢٦١]، وهو ما أفتت به الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع حيث قالت « قد استقر الفقه والقضاء الإداري على أن العقــد الإداري ينعقد صحيحاً وينتج آثاره حتى ولو لم يتوافر الاعتماد المالي اللازم، فالعقود الإدارية التي تُبرمها الإدارة مع الغير هي روابط فردية ذاتية وليست تنظيمية عامة، فيجب من ناحية حماية هذا الغير، ومن ناحية أخرى عدم زعزعة الثقة في الإدارة، وعلى ذلك فعدم توافر المصرف المالي لا يصلح سنداً للقعود عن الوفاء بالالتزامات المترتبة على العقد»[٢٦٢].

وعلى ذلــك فإن المتعاقد مع الإدارة يســتوفي منها حقوقه كافة عــن طريق القضاء بإلزام الجهة الإدارية بتنفيذ التزاماتها المالية تجاه المتعاقد وهو ما قضى به ديوان المظالم بقوله: «يتضح من العرض الســابق لوقائع الدعوى أن المدعي صاحب شركة أعمال (...) يهدف مــن رفع الدعوى الحكم لصالح شركته باســتحقاقها لقيمة توريد اللوازم الطبية بمبلغ وقدره (...) وكذلك بالتعويض عن صرف هذا المبلغ (...) وبما أن الثابت من أوراق الدعــوى أن المدعى عليها قامت بإنهاء العقد ووفــت بالتزاماتها التعاقدية.. وحيث إن المدعى عليها لا تنازع في استحقاق المدعية للمبلغ محل الدعوى (...)ولكن المستشفى لم يقم بصرف المبلغ لكون ذلك المبلغ ضمن الزيادة على الاعتمادات المقررة للمستشــفى، وتم الرفع للمقام السامي بطلب صرف هذا المبلغ، وحيث إن ما قامت به المدعى عليها مــن تأخير صرف اســتحقاق المدعية لا يتفق مع القواعد الشرعيــة والنظامية لأن النبي عليه الصلاة والســلام قال: (لا يحل مال امرئ مســلم إلا بطيب نفس منه) وقال: (على

(٢٦١) راجــع حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم ١٧٥لســنة ١ ق، بجلســة ١٩٥٦/٢/١١، المجموعة، مج١، ج٢، القاعدة ٦٠، ص٤٩١.

(٢٦٢) راجع الفتوى رقم ١٢٦٧ وتاريخ ١٩٩٨/١٢/٢١، ملف رقم ٣٠١٣/٢/٣٢ لسنة ١٩٩٨، والفتوى رقم ٣١٢٦/٢/٣٢ لسنة ٢٠٠٠، والفتوى رقم ٣٢٧٦/٢/٣٢ لسنة ٢٠٠٢

اليـد مـا أخذت حتى تؤديه)، وقال عليه الصلاة والسـلام: (لا ضرر ولا ضرار) وقد رتب الفقهـاء على هذا الحديث القاعدة الفقهية المشـهورة الضرر يزال..، وحيث ثبت المبلغ محل الدعوى في ذمة المدعى عليها، ولا تزال المدعى عليها ممتنعة عن دفعه إلى المدعية بالحجة التي ذكرتها أثناء المرافعة، وقد جاء نظام تأمين المشتريات ملزماً لها بذلك، وعليه فإن الدائرة تنتهي إلى إلزام المدعى عليها بدفع المبالغ المستحقة للمدعية»(٢٦٣).

وقد بررت المحكمة الإدارية العليا صحة العقد رغم عدم توافر الاعتمادات المالية بأنه «يجب التمييز بين العقود الإدارية التي تعقدها الإدارة مع الغير وبين علاقة الموظف بالحكومة، فالرابطة في الحالة الأولى هي رابطة عقدية تنشأ بتوافق إرادتين وتولد مراكز قانونية فردية وذاتية مصدرها العقد، وفي الحالة الثانية هي علاقة تنظيمية عامة مصدرها القوانين واللوائح، ولا ريب في أن لهذا الاختلاف في طبيعة الروابط القانونية أثره في نفاذ أو عدم نفاذ التصرف إذا اسـتلزم الأمر اعتماد المـال اللازم من البرلمـان، فالثابت في فقه القانون الإداري أن العقد الـذي تبرمه الإدارة مع الغير ـ كعقد من عقود الأشـغال العامة أو التوريد مثلاً، ينعقـد صحيحاً وينتج آثاره حتى ولو لم يكن البرلمان قد اعتمد المال اللازم لهذه الأشـغال، أو حتى لو جـاوزت الإدارة حدود هذا الاعتماد، أو لو خالفت الغرض المقصود منه، أو لو فات الوقت المحدد لاسـتخدامه، فمثل هذه المخالفات، لو وجدت من جانب الإدارة، لا تمس صحة العقد ولا نفاذه، وإنما قد تستوجب المسؤولية السياسية. وعلـة ذلك ظاهرة؛ وهي أن هـذه العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة مع الغير هي روابط فردية ذاتية، وليست تنظيمية عامة، ويجب من ناحية حماية هذا التغير، ومن ناحية أخرى عدم زعزعة الثقـة في الإدارة، فليس في مقدور الفرد الذي يتعاقـد معها أن يعرف مقدماً ما إذا كان قد صدر اعتماد أو لم يصدر، وما إذا كان يسـمح بإبرام العقد أو لا يسـمح، ومـا إذا كان العقد في حدود الغـرض المخصص له الاعتماد أو ليس في حدود هذا الغـرض، كل أولئك من الدقائق التي يتعذر على الفرد العادي بل الحريص التعرف عليها. ولو جاز جعل صحة العقود الإدارية أو نفاذها رهناً بذلك لما جازف أحد بالتعاقد مع الإدارة، ولتعطل سير المرافق العامة»(٢٦٤).

(٢٦٣) راجـع حكـم المحكمـة الإدارية رقـم ٧٩/إ/١/٧، في القضية رقـم ١/٦٣٨٥/ق لعام ١٤٣١ هـــ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٢٩٨ لعام ١٤٣٣ هـ في القضية رقم ٣١٥٨/ق لعام ١٤٣٣ هـ (حكم غير منشور).

(٢٦٤) راجـع حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم ١٧٥لسـنة ١ ق، بجلسـة ١٩٥٦/٢/١١، المجموعة، مج١، ج٢، القاعدة ٦٠، ص٤٩١.

إن ما ســاقته المحكمة صحيح وفقاً للمبادئ القانونية العامة بالإضافة إلى ما ساقته فيما يخص المجال العقدي وهو أن العقد الإداري ينعقد صحيحاً وينتج آثاره حتى ولو لم يتوافر الاعتــماد المالي اللازم، وذلك لأن الأصــل في العقود الإدارية أن يلتزم المتعاقد بالتنفيذ ابتداءً ومــن ثم المطالبة المالية، حتى وإن تعذر وجود الاعتماد المالي فليس ذلك ســبباً يمكن معه تخلــص المتعاقد من تنفيذ التزاماته نظراً لما لهذه العقود من ذاتية خاصة لتعلقها بالصالح العام.

هــذا ويمكــن في حالة عدم توافــر أو عدم كفايــة الاعتماد المالي للمتعاقــد أن يطالب بالتعويض عند توافر كامل شروطه لأنه في هذه الحالة تكون الإدارة قد ارتكبت خطأً، حين تتعاقد مع عدم احترام القواعد المتعلقة بالمالية العامة سواءً كان ذلك لعدم وجود الاعتماد المالي اللازم لذلك أو لعدم كفاية هذا الاعتماد[٢٦٥].

بالإضافة إلى ذلك فإن التأخير في توفير هذه الاعتمادات المالية كلياً أو جزئياً سواءً كانت موجــودة أصلاً أو غير موجودة، فإنه يمكــن أن يعفي المتعاقد من بعض الجزاءات كالإعفاء مــن الغرامة التأخيرية حيث قضى ديوان المظالم بأن «العقد الإداري كغيره من العقود يولد التزامــات متبادلة بين عاقديه يظهر أجلاهــا في جانب الإدارة في حق المتعاقد الحصول على المقابل المالي في أوقاته المحددة لها وفقاً لنصوص العقد، وهي حاجة ملحة في عقود الأشغال العامــة إذ إن طبيعة هــذه العقود تتكلف مبالغ طائلة يعجز المتعاقد أحياناً عن القيام بها دون إمــداده بالمــلاءة المالية التي تغطي ما يتكبده من تكاليــف ونفقات، ولما كان الأصل في عقد الأشــغال العامة أن الثمن التزام عقدي ليس ســبباً مبررا في أن يدفع المتعاقد بعدم التنفيذ حال تأخره، فلا أقل وفقاً لمقتضيات قواعد العدالة ومبدأ حسن النية أن يكون سبباً في إعفاء المتعاقد من غرامات التأخير التي طالته إذ (المشقة تجلب التيسير)مما تنتهي معه الدائرة إلى إلزام المدعى عليها برد كامل ما حسمته من المدعية من مستحقاتها»[٢٦٦].

---

(٢٦٥) راجع د. ســليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص٣٢١، ود. رمضان بطيخ، مرجع سابق، ص١٩، ود. فاروق حماس، مرجع سابق، ص ٣٢٨.

(٢٦٦) راجــع حكــم المحكمة الإدارية رقم ١٢٢//د/إ/١/ لعام ١٤٣٤ هـ في القضية رقم ١/٦٤٧٢/ق لعام ١٤٣٣ هـ المؤيد من محكمة الاســتئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٧٥ لعام ١٤٣٤ هـ في قضية الاســتئناف رقم ٥٩٩٧/ق لعام ١٤٣٤ هـ(حكم غير منشور).

ولكن هل يجوز للمتعاقد فسـخ العقد حال عدم توافر الاعتماد المالي كلياً أو جزئياً يجيـب البعـض من الفقه بأن مـن حق المتعاقـد بالإضافة إلى التعويض طلب فسـخ العقد(٢٦٧).

والفسخ هنا يعد بالنسبة للإدارة جزاءً قانونياً لأنها أخلت بالتزام من التزاماتها التعاقدية حيـث إن عـدم وجود الاعتماد المالي يعني عـدم قدرة الإدارة على الوفـاء بالتزاماتها التي ترتبت عليها بموجب العقد الذي أبرمته(٢٦٨).

وأعتقـد أن ذلك لا يتفق مع النتيجة التي تم التوصل إليها من قبل هذا الفقه، وهـي كون العقد لا يتأثر بعدم وجود الاعتماد المالي، مما يعني صحة العقد، ومن ثم وجب على المتعاقد أن يقوم بالتنفيذ، كما يتنافى من جهة أخرى لما اسـتقر عليه الفقـه والقضـاء أنه لا يجوز للمتعاقـد أن يدفع بعدم التنفيـذ عند إخلال الجهة بالتزاماتها.

وأخـيراً، فإن توافر الاعتماد المـالي ليس ملزماً للجهة الحكومية أن تقوم باتخاذ إجراءات العملية التعاقدية، ذلك أن جهة الإدارة يحكمها مبدأ عام يتمثل في ضرورة مراعاة أو تحقيق الصالح العام عند مباشرتها أي نشاط من أنشطتها، فإذا رأت جهة الإدارة أن المصلحة العامة لا تقتـضي القيام بالمشروع الذي رصدت له اعتماداً خاصـاً بالموازنة، أو أن المصلحة العامة تتطلب إرجاء هذا المشروع، أو أن هناك أموراً طرأت تحتم إلغاء هذا المشروع أو استبداله بمشروع أو بأعمال أخرى، فإن عليها أن تسـتجيب لمـا تمليه المصلحة العامة دون التقيد أو الالتـزام من جانبها بالتعاقد لتنفيـذ الاعتمادات الواردة بالموازنة مما يعني أن مجرد وجود الاعتـمادات المالية لا يرتب التزاماً في ذمـة الإدارة(٢٦٩)، وهذا صحيح إذ إن المصلحة العامة تتيـح للجهة الإدارية إلغاء المنافسـة أو إنهاء العقد بعد إبرامـه، فإنه من باب أولى يكون لهـا أن تحجم عن البدء في الإجراءات التعاقدية تحقيقاً للمصلحة العامة التي تحيط كامل المجال العقدي من بداية التفكير فيه وحتى الانتهاء منه.

---

(٢٦٧) راجع د. رمضان بطيخ، مرجع سابق، ص ١٩، ود. فاروق خماس، مرجع سابق، ص ٣٢٨.

(٢٦٨) راجع د. فاروق خماس مرجع سابق، ص ٣٢٨.

(٢٦٩) راجع د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٢١. ود. رمضان بطيخ، مرجع سابق، ص٢٠.

ثانياً: الإذن بالتعاقد

الأصل أن تحديد القانون لاختصاص الجهة الحكومية بإبرام العقود هو بذاته يشكل تصريحاً لها بإبرامه وفقاً للقواعد النظامية الموضوعة له، غير أن المنظم في بعض الأحيان ولأهمية معينة سواءً في طبيعة العقد أو في المبالغ المالية التي يتطلبها إبرامه، يشترط الحصول على إذن أو ترخيص أو موافقة أو تنسيق مع جهة أخرى، وبالتالي يتطلب في هذه الحالة اتخاذ الإجراءات المتعلقة بذلك قبل إبرام العقد أم تمديده.

وفي هذا الشأن فإن النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم أ/٩٠ بتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧هـ نص في مادته (١٥) على أنه «لا يجوز منح امتياز أو استثمار مورد من موارد البلاد العامة إلا بموجب نظام».

أما في نظام المنافسات فقد نصت المادة ٢٨ منه على أنه «أ -لا تتجاوز مدة تنفيذ عقود الخدمات ذات التنفيذ المستمر، كالصيانة والنظافة والتشغيل والإعاشة، خمس سنوات، ويجوز زيادة هذه المدة للعقود التي تتطلب ذلك بعد موافقة وزارة المالية».

وعليه فإن القيد الوارد على التعاقد في هذه المادة لا يكون إلا إذا كانت مدة التعاقد تزيد عن خمس سنوات وفي هذه العقود خاصة كما حددها النص.

وهو ما أكدته اللائحة في المادة (٤٢) منها بالنص على أنه:

أ- يجب أن تتناسب مدد تنفيذ عقود الخدمات ذات التنفيذ المستمر مع التكاليف المعتمدة للعقد في الميزانية، على ألا تتجاوز مدة العقد خمس سنوات، وفقاً لأحكام المادة (الثامنة والعشرين فقرة / أ) من النظام.

ب- يتم الاتفاق المسبق مع وزارة المالية لما يتطلب تنفيذه من العقود مدة تزيد عن خمس سنوات.

وأيضاً نصت المادة (٣٢) من النظام على أن «تلتزم جميع الجهات والمصالح والهيئات والمؤسسات الحكومية بعرض عقودها التي تزيد مدة تنفيذها على سنة وتبلغ قيمتها خمسة ملايين ريال فأكثر على وزارة المالية لمراجعتها قبل توقيعها، وعلى وزارة المالية إنهاء المراجعة خلال أسبوعين من تاريخ ورود العقد، فإن لم ترد الوزارة خلال هذه المدة عدت موافقة».

هذا يعني أنه في حالة عدم موافقة الوزارة على العقد يمنع من إبرامه ولا شــك أن هذا الأثر غير مرغوب فيه بعد الترســية، والتي تعد بذاتها كما ســنبين في حينه أنها تعنى إبرام العقد، ولذلك يجب أن يكون هذا الإجراء قبل صدور قرار بالترسية.

وفي ذات الشــأن نصت المادة (٧١) من اللائحة على أنه «في حالة رغبة الجهة الحكومية تأمين احتياجاتها التي تتم بالشراء المباشر عن طريق وسائل الشراء الإلكترونية، طبقاً للمادة (الخامسة والأربعين /د) من النظام، يتم مراعاة الضوابط التي تضعها وزارة المالية».

وهذا القيد جاء في محله الصحيح لأنه يأتي مع طرح الأعمال وليس كســابقه قبل إبرام العقد.

ومن المواد المنظمة أيضاً لتلك القيود نصت المادة (٩٢) من اللائحة على أنه «لا يجوز للجهة الحكوميــة إصدار قرار بتمديد العقد، أو إبلاغ المتعاقد بتمديد عقده، في غير الحالات المحددة بموجب المادة (الثانية والخمسين) من النظام، ما لم يتم الاتفاق بذلك مع وزارة المالية».

يأتي هذا القيد في حالة تجديد العقد في الحالات التي لم تحددها المادة (٥٢) من النظام، وكما واضح من النص أن التمديد لا يكون نظامياً ما لم يتم الاتفاق مع وزارة المالية.

وأيضاً فيما بينته اللائحة في هذا الشــأن فقد نصــت المادة (١٤٢) على أن « تزود وزارة المالية بنســخة من عقود التأجير أو الاســتثمار، التي تبلغ إيراداتها الســنوية خمسون ألف ريال فأكثر، قبل توقيعها، لمراجعتها».

هذا وقد أشــارت أيضاً لائحة نظام استئجار الدولة للعقار في مادتها الثالثة البند الثالث على أنه «على الجهة الحكومية عند استئجارها لعقار غير مملوك بصك شرعي مراعاة ما يلي:

٣- موافقة وزارة المالية على استئجار العقار قبل إبرام العقـد أو تجديده».

وأخيراً فقد نص قرار مجلس الوزراء رقم (٢٩٣) وتاريخ ٢٤ / ٦ / ١٤٣٦هـ على أنه «أولاً: لا يتم الارتباط بعقود المشروعات والمشــتريات التي تبلغ (١٠٠,٠٠٠,٠٠٠) مائة مليون ريال فأكثر في جميع الوزارات والمصالح الحكومية والمؤسسات العامة إلا بعد الرفع عنها إلى المقام الســامي للنظر فيها، ويشــمل ذلك الأعمال الإضافية على المشروعات القائمة، وسواءً كانت العقود وفقاً لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية أو وفقاً لقرارات خاصة».

وعليه فإنه وفقاً لهذا القرار فإن الجهات الحكومية والمؤسسات العامة كافة تلتزم بعدم الارتباط بعقود المشروعات والمشــتريات، وهي عبارة شاملة لكافة العقود التي تبلغ قيمتها مائة مليون ريال فأكثر إلا بعد إذن المقام السامي.

ويبقــى إذن أن نبين الأثر النظامــي المترتب على تجاهل الجهــات المعنية لتلك القيود والقيــام بإبرام العقد، دون الحصول على الإذن بالتعاقد، يجيب البعض من الفقه بأن الإذن يكون ضرورياً لقيام الرابطة التعاقدية، بمعنى أن تعاقد الإدارة دون الحصول على هذا الإذن يؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً في كافة صور الإذن، سواءً كان الإذن يصدر من البرلمان أو مــن مجلس الــوزراء أو من الوزير أو من أي جهة إدارية أخرى، فالحكم واحد في جميع الحالات وهو بطلان العقد؛ ويترتب على ذلك أن المتعاقد مع الإدارة لا يستطيع أن يتمسك بــه في مواجهة الإدارة في هــذه الحالة، وإن كان ذلك لا يعني ضيــاع حقوق المتعاقد وإنما يمكن له الحصول على حقه وكذلك التعويض عن الضرر الذي قد يكون لحقه من ذلك على أســاس آخر غير الرابطة التعاقدية، وذلك على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب، أو على أساس المســؤولية التقصيرية للإدارة باعتبارها قد ارتكبت خطأ حــال تعاقدها دون الحصول على الإذن اللازم لإبرام العقد[٢٧٠].

ولا شــك أن الحصول على الإذن الــلازم لإبرام العقد يعد من الأشــكال الجوهرية التي يترتب على الإخلال بها بطلان العقد، وإن كان هذا البطلان لا يشكل عقبة في سبيل حصول المتعاقد على حقوقه تحت نظريات قانونية أخرى، كما هو مشار إليه من قاعدة الإثراء بلا سبب أو قاعدة المسؤولية التقصيرية للإدارة أو كلاهما معاً.

هذا وجدير بالذكر أن الحصول على الإذن والترخيص لا يعني إلزام الجهة المعنية بالقيام بإبرام العقد فقد ترى - بعد الحصول على الموافقة - أن إبرام العقد لا يتماشى مع المصلحة العامــة وهذا الأمر يعد طبيعياً ومنطقياً فالإدارة هي القادرة على تفهم مقتضيات المصلحة العامــة، غير أن ذلك لا ينفى حصول المتعاملين مــع الإدارة على التعويض اللازم إن كان له مقتضى.

(٢٧٠) راجع د. ســليمان الطماوي، الأســس العامة للعقود الإدارية، مرجع ســابق، ص٣٢٣ وما بعدها. ود. رمضان بطيخ، مرجع سابق، ص٩، ١٤، ود. جمال عباس عثمان، النظرية العامة، مرجع سابق، ص١٤٣. و د. فاروق خماس، مرجع سابق، ص٣٣٤ وما بعدها، وراجع أيضاً د. إبراهيم طه الفياض، مرجع سابق، ص١٤١، ١٤٢.



الفصل الثاني
طرق إبرام العقود الإدارية

تتحــدد طرق إبــرام العقود الإداريــة في المملكة في ثلاث طــرق؛ هي المناقصة العامــة، والمزايدة العامــة، والشراء المباشر، وتبيان هذه الطــرق يكون في المباحث الثلاثة التالية:

المبحث الأول

المناقصة العامة:

المناقصة هي أحد وسـائل التعاقد وتمثل المناقصة العامة منها[٢٧١] أحد شطري المنافسة العامة، فالمنافسـة العامة تجمع بين دفتيها المناقصة العامة والمزايدة العامة[٢٧٢]، وقد عرف البعـض المناقصة بأنها " طريقة بمقتضاها تلتزم الإدارة باختيار أفضل من يتقدمون للتعاقد معها شروطاً سـواءً من الناحية المالية أو من ناحية الخدمة المطلوب أداؤها"[٢٧٣]، ويعرفها البعض أيضاً بأنها "طريقة تلتزم الإدارة بمقتضاها باختيار أفضل من يتعاقدون معها شروطاً من الناحية المالية"[٢٧٤].

بداية وإن كانت تسـمية المناقصة أتت من أن القاعدة العامة أن تختار الجهة المتنافس الأقل سعراً، غير أن ذلك لا يكون إلا بعد التحقق من توافر الشروط والمواصفات.

وبهذا الشـكل تكـون المناقصة تحقق ما هدف إليه النظام مـن تحقيق الكفاءة الفنية وذلـك بالتحقق مـن توافر الشروط والمواصفات في العروض المقدمـة، وكذا الكفاية المالية

---

(٢٧١) توجـد أنواع عديـدة للمناقصة، فهناك المناقصة العامة وهي التي يتاح الاشـتراك فيهـا للجميع ممن تتوافر فيهـم الشروط وهناك المناقصة المحدودة التي يقتصر الاشـتراك فيها لعدد محدود من المتنافسـين وتكون في الحالات التي تتميز بمواصفات خاصة استشـارية أو فنية..، وقد تكون المناقصة العامة داخلية أي محلية وقد تكـون محلية وخارجيـة وتكون المناقصة سرية وهو الأصل وقد تكون علنيـة، راجع في تبيان أنواع المناقصات د. محمد سـعيد الرحو، النظام القانوني للتعاقد بأسـلوب المناقصات في تشريعات الدول العربية، دار المعارف، الاسـكندرية، ٢٠٠٧، ص٣٠ وما بعدها، وجدير بالذكر أن نظـام المناقصات والمزايدات قد عرف المناقصة بعد تقسيمها إلى قسمين مناقصة عامة ومناقصة محدودة، فنصت المادة (٦) على أن المناقصة العامة هي المناقصة التي يفتح مجال الاشـتراك فيها لعـدد غير محدود من المتناقصين ويجب أن يعلن عنها في الجريدة الرسـمية للبـلاد(أم القـرى) .... والمناقصة المحدودة هي التي يقتصر الاشـتراك فيها بقرار مـن الوزير أو رئيس الدائرة المستقلة على عدد من البيوت المالية أو المؤسسات التي يثبت للوزارة أو الدائرة المستقلة كفايتها المالية والفنية والإنتاجية..».

(٢٧٢) قد أشـارت إلى هذا أيضاً لائحة العقود والمشـتريات وتوريد وتنفيذ الأعمال بالهيئـة الملكية للجبيل وينبع حينما ذكرت المادة الاولى الخاصة بالتعريفات، معنى المنافسة العامة بقولها: «المنافسة: عملية استقطاب أفضل العروض من مناقصة (عامة أو محدودة أو مزايدة لتنفيذ العمل المطلوب وفقاً لشروط المنافسة».

(٢٧٣) راجع د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص٢٢٦.

(٢٧٤) راجع د. ابراهيم طه الفياض، مرجع سابق، ص٧٦.

بالحصول على الأعمال والمشتريات بأقل الأسعار.

غير أن الإيغال في هذه الطريقة وتحت غطاء الكفاية المالية قد يؤدي إلى نتائج سلبية، فقد يهدف البعض من المتنافسين إلى تخفيض أسعارهم بشكل لا يتفق مع الأسعار الحقيقة لتنفيذ المناقصة؛ وذلك بهدف الحصول عليها لاعتبارات معينة إيجابية كانت أو سلبية، أو كانت الأسعار عادلة والعطاء مستوفٍ للشروط غير أن إمكانات المتنافس قد لا تسمح له بالتنفيذ في الوقت الملائم؛ لذا فإن النظام كان واعياً لذلك ووضع تحفظات معينة تهدف إلى امكانية استبعاد هذه العطاءات على الرغم من كونها الأقل سعراً، الأمر الذي يدفعنا للقول بأن ماهية المناقصة قد تطورت إلى حد كبير، وأنه بجوار اشتراط توافر الشروط والموصفات الموضوعية، وتحقيق مبدأ السعر الأقل، فإنه يوجد بجوار ذلك مراعاة اعتبار العدالة في الأسعار، وكذا كفايتها لسلامة التنفيذ، وكذا مراعاة مدى قدرة المتنافس على التنفيذ حتى ولو كان الأقل سعراً، فالدولة ليست جابية وإنما تقوم على الصالح العام، ونتيجة للتوازن بين هذه الاعتبارات يمكن تعريف المناقصة العامة بأنها الطريقة التي تلتزم فيها الإدارة باختيار أفضل المتنافسين من الناحية الفنية والمالية طبقاً للشروط والمواصفات التي وضعتها، ووفقاً للإجراءات المحددة نظاماً.

ومن التعريف يستبين أن الإدارة لا تستطيع أن تتعاقد إلا وفقاً للشروط والمواصفات التي وضعتها، والتي في ضوئها تختار أفضل العروض من الناحية المالية، والذي لا يكون بالضرورة أقل الأسعار، وذلك وفقاً لإجراءات حددها النظام وبما لا يخل بمقصود المناقصة ولا يخل في ذات الوقت بتحقيق المصلحة العامة.

وإذا كانت المناقصة تتمثل في أنواع عديدة فإن النظام قد اقتصر على المناقصة العامة منها، المحلية والدولية، وعَدَّها القاعدة العامة في إبرام العقود، ولم يشر إلى المناقصة المحدودة كوسيلة من وسائل التعاقد وإن كانت متوافرة في جانب من حالات الشراء المباشر.

ولتنفيذ المناقصة العامة بالشكل الذي يحقق النتائج الإيجابية المرجوة منها فقد حدد النظام ولائحته مجموعة من القواعد النظامية التي تلتزم الجهة الحكومية بإجرائها ويمكن تحديدها في المطالب التالية:

المطلب الأول

الإعلان عن المناقصة:

يعد الإعلان عن المناقصة من الإجراءات المهمة والضرورية لإجراء العملية التعاقدية غير أن هذا الإعلان لا ينطلق من فراغ، وإنما ينطلق ويستند على مجموعة من الالتزامات قبل أن يظهر كدعوة للتعاقد ثم يظهر ذلك الإعلان في ثوب قانوني وفقاً للشروط التي حددها النظام وعلى ذلك سنتناول هذا المبحث فيما يلي:

أولاً: التزامات الجهة قبل الإعلان عن المناقصة:

تلتزم الجهات الحكومية قبل الإعلان عن المناقصة - وذلك تحقيقاً للكفاءة الفنية والكفاية المالية التي يهدف إليها النظام - أن تضع وفقاً للمادة الأولى من اللائحة شروطاً ومواصفات فنية تفصيلية دقيقة للأعمال المطلوبة، عن طريق الجهاز الفني لديها، أو تكليف استشاري بذلك، على أن تراعي تجنب الإشارة إلى النوع أو الصنف، أو تحديد علامات تجارية، أو وضع مواصفات لا تنطبق إلا على علامات تجارية معينة.

كما أشارت نهاية المادة عدم المبالغة في المواصفات وألا تتجاوز حاجة ومتطلبات المشروع، والاعتمادات المالية المخصصة له، وعليها التأكيد على المكاتب الاستشارية التي تضع المواصفات بالتقيد بذلك.

ونظراً للتغييرات السريعة في عالم الأعمال فإن المادة الثالثة من اللائحة ألزمت الجهات الحكومية تحديث معلومات مشاريعها وأعمالها قبل اعتمادها، ومراجعة المواصفات الفنية والرسومات والمخططات، وإجراء أي تعديل أو تصحيح عليها، قبل طرح أعمالها في المنافسة العامة أو تأمين مشترياتها، وبخاصة تلك الوثائق التي يمضي على إعدادها فترة طويلة، أو مواصفات الأجهزة والبرامج التي يجري تحديثها بشكل مستمر.

وفي ذات الالتزامات نصت المادة الرابعة من اللائحة على أنه «على الجهة الحكومية القيام باختبارات فحص التربة، وعمل الجسات اللازمة لمشاريع التنفيذ التي تتطلب ذلك قبل وضع التصاميم والرسومات وكميات الأعمال.

إن مــا تقــوم به الجهــة الحكومية في هذا الشــأن من وضع الــشروط العامة والخاصة والمواصفات تضمنه الجهة فيما يســمى بكراســة الشروط والتي قد تكون معدة بالشــكل التقليــدي الورقــي، أو بالوســائل الإلكترونية حيث نصت المادة (١٥) مــن اللائحة على أن «يكون استخدام الوسائل الإلكترونية لإعداد وثائق المنافسات وتقديم العروض المشار إليها في المادة (العاشرة) من النظام وفقاً لما يلي:

أ - إعداد وثائق المنافســة كاملة أو جزء منها كجداول الكميات، على أقراص الحاســب الآلي المدمجــة أو الأقراص المرنة ومــا يماثلها، التي يمكن فتحها وقراءتها واســتكمال بياناتها، ولا يمكن تعديل محتوياتها.

ويقوم المتنافس بإعداد عرضه على النســخة التي اســتلمها، ووضع أسعاره على جداول الكميات، وتسليمها للجهة الحكومية ضمن وثائق عرضه الأخرى.

ب - إعداد وثائق المنافســة واســتقبال العروض إلكترونياً، باســتخدام تقنية التوقيعات الإلكترونية.

ج- تستخدم الوسائل الإلكترونية فيما أشير إليه في الفقرتين (أ، ب) من هذه المادة، وفقاً لقواعد تقنية التوقيعات الإلكترونية في طرح واستقبال عروض المنافسات الحكومية المعتمدة من وزارة المالية».

إن كراســة الــشروط تعد جزءاً من العقد حتى ولــو لم ينص على ذلك فيه، لأن الشروط والمواصفات الواردة بكراســة الشروط هي أســاس التعاقد بين جهة الإدارة وأحد العطاءات المقدمــة[٢٧٥]. فهــي من الأهمية بمكان، إذ بما تمثله من شروط ومواصفات كانت أساســاً في تشــكيل موقف المتنافســين ووضع عطاءاتهم، فالإيجاب الذي يتقدم بــه مقدم العطاء لم تتحدد معالمه إلا بناءً على الشروط والأحكام التي قررتها الإدارة في كراسة الشروط((٢٧٦))، فهــو كما قالــت المحكمة الإدارية العليــا إن «الأصل أن من يوجه إليــه الإيجاب في العقد الإداري إنما يوجهه على أســاس الشروط العامة المعلن عنها والتي تســتقل الإدارة بوضعها

(٢٧٥) راجع د. جابر جاد نصار، مرجع ســابق، ص ١٥٢، د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، رســالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة عين شمس ٢٠٠٧، ص٧٩.

(٢٧٦) راجع د. جابر جاد نصار، وما أشار إليه، مرجع سابق، ص١٥٢.

دون أن يكون للطرف الآخر حق الاشتراك في ذلك وليس لمن يريد التعاقد إلا أن يقبل هذه الشروط أو أن يرفضها»(٢٧٧).

وهـو مـا يظهر من حكمها الذي قضـت فيه «بأنه من الاطلاع عـلى أصول الأوراق أن المتعهد لم يذكر شـيئاً عن أن أسـعاره مقدمة عن عيناته التي أودعها المخازن مقابل إيصال لا يتـم على أكـثر من واقعة الإيداع. وإنما الثابت أن المتعهد وضع بخط يده الأسـعار التي ارتـضي أن يقوم بالتوريد على مقتضاها قرين الصنفين المشروطين بعينة الوزارة النموذجية، دون أي تحفظ من جانبه أو أية إشارة تدل على أن الأسعار التي وضعها إنما هي عن عينات أخرى غير عينات الوزارة، بل إنه لم يشر في العقد الذي وقعه إلى أن هناك عينات أخرى قام بإيداعها يوم أن قدم عطاءه ووقع كراسـة الاشـتراطات العامة، فجاء عطاؤه خلواً تماماً من أي تحفظ أو اشتراط، فإنه إذا قررت الوزارة المدعية قبول عطاء المتعهد عن هذين الصنفين بأسـعاره التي وضعها على أساس عينه الوزارة فإن هذا القبول من جانبها يكون قد صادف إيجاب المطعون عليه والتقي به عند محله الذي لا يمكن أن يكون التوريد إلا على أسـاس عينـة الوزارة من جميع الوجوه وبذلك يكون عقـد التوريد قد أبرم فعلاً ويصبح المطعون عليه ملزماً بتنفيذ التوريد طبقاً لشروط العقد.

ويترتب على ذلك أن الإدارة لا تسـتطيع أن تضع شروطاً في العقد مغايرة لما هو مسطر بكراسة الشروط، فإن هي فعلت فإنه في هذه الحالة إما أن يقبل المتعاقد وفي هذه الحالة فلا توجد مشكلة قانونية ما دام هناك توافق، والا فإن المتعاقد يستطيع الاحتجاج بمخالفة كراسـة الشروط، وما يترتب على ذلك من آثار حيث لا يسـتطيع وصـف المتعاقد في هذه الحالة باعتباره مخلاً بالالتزامات التعاقدية، وإنما الإخلال يتجه إلى الجهة الإدارية.

هذا وبالنسـبة للمركز القانوني لكراسـة الشروط في حالة مخالفتها للنظام يفرق البعض مـن الفقه بين فرضين؛ الأول: أن ينص العقد صراحـة على الإحالة إلى نصوص القانون وهنا تكون الشروط القانونية أسـاس التعاقد، والفرض الثاني: خلو العقد من الإحالة إلى نصوص القانون وعليه تقدم كراسة الشروط على النظام، وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى انه "إذا تضمنت كراسـة الشروط تحديداً لمقدار الغرامة التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة حال

(٢٧٧) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٣٣ لسنة ١٠ق، بجلسة ١٩٦٧/١٢/٢، المجموعة ١/١٣، ق٢٥، ١٦٦.

إخلاله بالتزاماته قبلها، فإن مقدار الغرامة حسـبما نصت عليه الشروط يكون هو الواجب إعماله دون النص اللائحي»[٢٧٨].

غـير أننـي أعتقد أن أحكام النظام في القواعد الآمرة منه لا يجوز مخالفتها لا في كراسة الشروط ولا في العقد ويعد كل شرط يخالف تلك الشروط باطلاً لا يجوز العمل به فهو كما نصت المادة (١٥٤) من اللائحة على أنه «لا يجوز تضمين شروط المنافسات والمشتريات، ووثائق العقود التي تبرمها الجهات الحكومية نصوصاً تخالف نظام المنافسات والمشتريات الحكومية أو هذه اللائحة، وتعتبر أحكامهما مقدمة في التطبيق على تلك الوثائق والمستندات».

هذا وتلتزم الجهة في ضوء فلسـفة المناقصة وهي اختيار أقل الأسـعار بعد التحقق من توافـر الشروط والمواصفات، بوضع أسـعار تقديرية تسترشـد بها في تحديد أقل الأسـعار بشـكل صحيح إذ ليس من الدقة بمكان أن تعتمد على تحديد أقل الأسـعار على ما يقدمه المتنافسون، فقد تكون أسعارهم خادعة وتفوق الأسعار الواقعية العادلة بكثير وبالتالي إن لم تحتط الجهات الحكومية لذلك فقد تقع في فخ هؤلاء المتنافسـين، لذلك وحتى تتبين الجهة الحكومية ذلك الأمر فقد نصت اللائحة في مادتها الرابعة على أن:

"أ - تقوم الجهة الحكومية بالاستعانة بالجهاز الفني الذي شارك في إعداد المواصفات أو غيره من الجهات المتخصصة بالتسـعير، بوضع أسعار تقديرية إرشادية للأعمال على جداول البنود والكميات الخاصة بالمنافسة، بما يتفق مع الأسعار السائدة في السوق، ومن واقع الأسـعار السـابق التعامل بها، وذلك قبل الإعلان عن المنافسة، وتوضع في مظـروف مختوم يرفع لرئيس لجنة فحص العروض ويفتح من قبل اللجنة عند البت في المنافسة.

ب- على الجهة الحكومية أن تحتفظ بدليل شـامل لأسعار المواد والخدمات التي يتكرر تأمينها، على أن تقوم بتحديث الدليل بشكل مستمر».

---

(٢٧٨) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٨٧لسـنة ١٥ق، بجلسـة ١٩٧٤/٦/٢٩، الموسوعة، مرجع سابق، ج١٨، ص٦٩٣ وراجع د. جابر نصار، مرجع سابق، ص١٥٤.

ثانياً: الإعلان عن المناقصة:

بعد القيام بإعداد الشروط والمواصفات بشــكل دقيق ووضع الأســعار التقديرية تقوم الجهة الحكومية بالإعلان عن المناقصة وفقاً للمادة (٧) من النظام والتي يجري نصها:

«أ - يعلن عن جميع المنافسات الحكومية في الجريدة الرسمية، وفي صحيفتين محليتين، وبالوسائل الإعلانية الإلكترونية وفقاً لما تحدده اللائحة التنفيذية لهذا النظام، ويجب أن يحدد في الإعلان عن المنافسة موعد تقديم العروض وفتح المظاريف ومكانهما.

ب - الأعمال أو المشاريع ذات الطبيعة الخاصة التي لا يتوفر لها متعهد أو مقاول داخل المملكــة يتم الإعلان عنها خارج المملكة بالإضافة إلى الإعلان عنها في الداخل وفقاً لما تضمنته الفقرة السابقة».

وجاءت المــادة (١٠) من اللائحة بإضفاء بعض التفاصيــل حول الإعلان فنصت على أن «تعلن الجهات الحكومية عن المنافسات العامة، وفقاً للإجراءات التالية:

أ- يعلن عن المنافسة في الجريدة الرسمية، وفي صحيفتين محليتين، مرة واحدة على الأقل، وبالوســائل الإعلانية الإلكترونية، في موقع جريدة أم القرى، وفي موقع الجهة المعلنة، كــما يتم تزويد أمانة مجلس الغرف التجارية الصناعية بنســخة من الإعلان (بصيغة إلكترونية) على أن يظل الإعلان في تلك المواقع مســتمراً، حتى الموعد النهائي لتقديم العروض.

ب- يكون الإعلان في الخارج عبر الصحف الرئيســية في البلدان التي تقدم الخدمة، وعن طريــق المواقع الإلكترونية الإعلانيــة العالمية، باللغتين العربيــة والإنجليزية، ويمكن التنسيق مع سفارات المملكة في الخارج، لطرح الإعلان إذا دعت الحاجة لذلك.

ج- إذا كان محــل تنفيــذ المشروع خــارج المملكة يعلن عنه في الداخــل والخارج، وفقاً لأسلوب الإعلان الوارد في الفقرتين (أ،ب) من هذه المادة.

د- يجب أن يتضمن الإعلان عن المنافســة معلومات واضحة وشاملة عن الأعمال المعلن عنها، وبحد أدنى المعلومات التالية:

- اسم الجهة المعلنة.

- رقم المنافسة ووصفها وغرضها.

- مجال التصنيف.

- قيمة الوثائق ومكان بيعها.

- زمان ومكان تقديم العروض وفتح المظاريف.

هـ- يجب ألا تقل المدة من تاريخ صدور أول إعلان في الجريدة الرسمية حتى الموعد النهائي لتقديم العروض عن ثلاثين يوماً، ولا تقل هذه المدة عن ستين يوماً في المشاريع أو الأعمال التي تبلغ تكاليفها التقديرية خمسين مليون ريال فأكثر[٢٧٩].

و-لا يجوز عند الإعلان عن المنافسة أو بيع الوثائق، تحديد درجة تصنيف معينة، أو اشتراط تأهيل للمتقدمين للمنافسة».

وتجدر الإشارة إلى انه إذا كانت المناقصة تتعلق بالأعمال ذات التنفيذ المستمر، فإنه يجب على الإدارة وفقاً للمادة (١١) من اللائحة أن تطرح الأعمال ذات التنفيذ المستمر كالصيانة والنظافة والتشغيل وتقديم خدمات الإعاشة وما شابهها في منافسة عامة، في بداية السنة الأخيرة من العقد القائم كحد أقصى».

وقد أتت المادة (١٠) على كافة التفاصيل المتعلقة بالإعلان من حيث مكان نشره، في الداخل والخارج والبيانات الواجب أن يتضمنها، غير أنه تجب ملاحظة أن الوجوب الذي يؤثر على سلامة الإعلان هو ما نص عليه النظام، وبالتالي صحة الإعلان تتوقف عليه، أما ما أضافته اللائحة التنفيذية فهو توسع في محل الإعلان، وعدم توافره لا يؤثر على صحته، ومن جهة أخرى، فإنه حتى في البيانات التي نص عليها الإعلان فإنه لا يترتب البطلان إلا بالنظر إلى البيانات الجوهرية، التي يؤثر عدم تواجدها على المبادئ التي تقوم عليها العقود.

(٢٧٩) تم تعديل هذه المادة بقرار مجلس الوزراء رقم ١٥٥ وتاريخ ١٤٢٩/٦/٥هـ والتي نصت على أنه «يجب ألا تقل المدة من تاريخ أول إعلان سواءً في الجريدة الرسمية أو المحلية حتى الموعد النهائي لتقديم العروض عن ثلاثين يوماً، ولا تقل هذه المدة عن ستين يوماً في المشاريع أو الأعمال التي تبلغ تكاليفها التقديرية مائة مليون فأكثر» واستمر العمل بذلك بقرار مجلس الوزراء رقم ٢٨٣ وتاريخ ١٤٣٢/٩/٢٢هـ حتى عاد الحال كما سطرته مادة النظام بقرار مجلس الوزراء رقم ١٦٠ وتاريخ ١٤٣٦/٣/٢٨ هـ.

هــذا والنشر في الجريدة الرســمية يعد مقدمــاً على ما عداه، ويكون هــو المعتبر عند الاختــلاف وهو ما قضى به الديوان بقوله: «وحيــث إن المعتمد الأخذ به هو الإعلان الوارد في الجريدة الرســمية والذي حدد التاريخ ولم يحدد اليــوم إذ إن لائحة التصرف بالعقارات البلديــة قد نصــت على أن المعتبر هو التاريــخ الوارد بالجريدة الرســمية إذ نصت بالمادة الرابعة عشرة على: «...وألا تقل المدة الزمنية بين تاريخ الإعلان في الجريدة الرسمية وتاريخ فتح المظاريف عن ثلاثين يوماً» وحيث إن هذا النص يدل على أن المتعين الاعتماد عليه هو الإعلان الوارد في الجريدة الرســمية»[٢٨٠] وما اســتند إليه الديوان هو نفســه ما أشارت اليه المادة(١٠/هـ) من اللائحة.

ثالثاً: الأثر القانوني المترتب على عدم الإعلان أو مخالفة الإعلان للقواعد القانونية:

اختلفــت الآراء الفقهيــة حول هذا الموضــوع، فيرى البعض أن الــشروط التي يتطلبها القانون في الإعلان ملزمة للإدارة فيتعين عليها احترام أوضاع الإعلان من حيث المدد وكيفية إجرائــه وعدد مراته وإلا ترتب على ذلك البطلان[٢٨١]، وإذ كان ذلك في الشروط المتطلبة في الإعلان فإن عدم الإعلان سيكون باطلاً من باب أولى.

وفي ذات الاتجاه يضيف البعض أن تخلف أي شرط من شروط الإعلان يؤدي إلى بطلانه لأن الإعلان عن المناقصة يعتبر من المبادئ الأساسية التي تحكم نظام المناقصات، إضافة إلى أن القواعــد التــي تحكم الإعلان تعتبر من القواعد الآمرة التــي يؤدي الخلل فيها إلى وصم المناقصة بعدم المشروعية[٢٨٢].

في حــين يرى البعض الأخر أنــه وإن كان الإعلان عن المناقصة أمــراً جوهرياً يترتب على إغفالــه بطــلان إجراءات المناقصــة، إلا أن هذا البطــلان يغدو غير منطقــي في حالة إذا ما تحققت الغاية من هذا الإعلان دون إجرائه، ذلك أنه من المســلمات أن الشــكليات ليست هدفاً في ذاتها أو طقوساً لا مندوحة من اتباعها وانما هي إجراءات تستهدف المصلحة العامة

(٢٨٠) راجــع حكــم المحكمة الإداريــة رقم ٤/١/د/١٨٤ لعام ١٤٣٢هــ في القضية رقم ٤/١١٦/ق لعــام ١٤٢٧هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٢/٢٥ لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم ١٤٠٧/ق لعام ١٤٢٨هـ (حكم غير منشور).

(٢٨١) راجع د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص٢٣٥.

(٢٨٢) راجع أ. ريم على إحسان محمد العزاوي، وسائل إبرام العقود الإدارية، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠١٤، ص٧٠. وراجع د. مهند مختار نوح الإيجاب والقبول في العقد الإداري رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة عين شمس٢٠٠٧.

ومصلحة المتنافسين على سواء، فإذا تحققت المصلحة التي عناها القانون وكان إغفال الإجراء متداركاً من سبيل آخر دون المساس بضمانات المتناقصين والمصلحة العامة، فلا وجه للبطلان، وحيث إن الغاية التي قصدها المشرع من الإعلان هي تحقيق أكبر عدد من المشتغلين بنوع النشاط موضوع المناقصة فإذا تقدم أكبر عدد من مقدمي العطاءات رغم عدم الإعلان عنها وقد تحققت الغاية من ذلك مما يمكن معه التجاوز عن مخالفات الإعلان عن المنافسة(٢٨٣).

وفي ذات الاتجــاه أيضــاً تتم التفرقة بين حالتين، الحالة الأولى إذا كان أثر المخالفة واضحاً عــلى عــدد المتقدمين، أي كان عدد المتقدمين محدوداً، فإن قرار إرســاء المناقصة يعد باطلاً، لكن بطلان القرار باعتباره منفصلاً عن العقد ليس له تأثير على العقد، ويظل العقد صحيحاً وملزماً لطرفيه، أما إذا كان العقد لم يبرم بعد فإنه في هذه الحالة تلغى المناقصة ويعاد الإعلان عنها من جديد، والحالة الثانية إذا كانت قواعد النشر غير مؤثرة في عدد العطاءات المقدمة فإنه لا يوجد بطلان طالما لم يحدث مســاس بالضمانات المقررة قانوناً للمتقدمين بعطاءاتهم ولم يحدث هناك إضرار بالمصلحة العامة، فالشكليات ليست هدفاً في حد ذاتها لكنها وسيلة للوصول للمصلحة العامة فإذا تم تحقيق هذه الغاية فلا يوجد ما يدعو للبطلان(٢٨٤).

وفي هــذا الاتجاه يضيف البعض أنه في حالة ما إذا كان هناك قصور في النشر أو الإعلان ترتب عليه بطلان إجراءات الإرساء فإن بطلان قرار الإرساء لا يمس العقد، بحسبان أن العقد منفصل عن الإجراءات السابقة عليه، وهي نتيجة تبدو غير منطقية أمام ما بني على الباطل فهــو باطل، إلا أن اســتقرار المراكــز القانونية للمتعاقدين مع الجهة الإدارية هي الســبب المؤدي إلى هذا المفهوم وكل ما في الأمر أن الإجراء الباطل إذا تسبب في ضرر لأحد المتقدمين للتعاقد يجوز للمتضرر المطالبة بالتعويض(٢٨٥).

وفي إطار الإعلان فقد حدد النظام مجموعة من البيانات وأضافت اللائحة بيانات أخرى، وســبق هذه وتلك ألفاظ للوجوب فالنظام في المادة السابعة نص على أن "يعلن عن جميع

(٢٨٣) راجع د. رمضان بطيخ، التزامات ما قبل التعاقد في مجال العقود الإدارية، ندوة إدارة العقود والاتفاقيات، ورشــة عمل إدارة المفاوضات، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ٢٠٠٥، ص١٠.

(٢٨٤) راجع د. صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، المشاكل العملية والحلول القانونية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ٧٦، ٧٧.

(٢٨٥) راجع د. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات، الكتاب الأول، ٢٠٠٣، ص٣٦٤.

المنافسات الحكومية في الجريدة الرسمية وفي صحيفتين ... ويجب أن يحدد في الإعلان موعد تقديم العروض وفتح المظاريف ومكانهما..“ وجاءت اللائحة في مادتها العاشرة ونصت على أن «..د- يجب أن يتضمن الإعلان عن المنافسة معلومات واضحة وشاملة عن الأعمال المعلن عنها، وبحد أدنى المعلومات التالية :

- اسم الجهة المعلنة.

- رقم المنافسة ووصفها وغرضها.

- مجال التصنيف.

- قيمة الوثائق ومكان بيعها.

- زمان ومكان تقديم العروض وفتح المظاريف».

بداية النص الوارد في اللائحة قد أضاف بلفظ الوجوب اسم الجهة المعلنة، رقم المنافسة، مجال التصنيف، قيمة الوثائق ومكان بيعها.

وأعتقد أن اللائحة قد خالفت دورها التنفيذي في إيجاب بيانات لم ينص عليها النص، وأعتقد كذلك أن النص النظامي كان قاصراً عن تحديد البيانات الجوهرية التي كان يجب أن يضمنها، وأخيراً القول الذي يتفق مع المبادئ العامة التي يقوم عليها الشكل والإجراء أنه يجب التفرقة بين البيانات الجوهرية التي تضمن المبادئ التي يقوم عليها النظام من تحقيق المساواة والشفافية وتحقيق الكفاية المالية والاقتصادية، وبين البيانات الثانوية التي يمكن أن تتناولها كراسة الشروط ولا تؤثر على الإعلان كوسيلة لعلم الكافة بالمنافسة، وبما لايؤدي إلى الإخلال بمبدأ المساواة والشفافية، كإغفال غرض المنافسة في الإعلان مثلاً، لأن كراسة الشروط سوف تتولى تبيان هذا البيان ويخضع مدى تحقق الغاية من الإجراء، وتقدير مدى وجوهرية البيانات وثانويتها للقاضي الإداري.

رابعاً: التكييف القانوني للإعلان:

تقوم الجهة كما أشرنا بالإعلان عن منافستها، فهل يعد هذا الإعلان الذي تبديه الجهة الإدارية من طرفها إيجاباً؟ وأن العطاء المقدم في هذه الحالة يكون قبولاً؟ وفقاً للشروط والمواصفات الموضوعة في كراسة الشروط، أم أن الإعلان لا يمثل سوى الإفصاح عن دعوة التعاقد؟

يرى الفقه والقضاء أن الإعلان بصفة عامة مناقصة كان أم مزايدة لا يعد إيجاباً وإنما هو دعــوة للتعاقد من قبل الجهة الإدارية، والإيجاب هــو ما يقدمه المتنافس من العطاء، وأن القبول يكون في قرار الترسية الذي به تتم العملية التعاقدية(٢٨٦).

فالإعــلان ما هو إلا دعوة للتعاقد أو إخطار تفصح فيه الإدارة عن دعوتها للمتنافســين للعملية التعاقدية، في ضوء مجموعة من الشروط يقدمون على ضوئها إيجابهم لتختار منهم من تراه متوافقاً مع تلك الشروط حسب النظام(٢٨٧)، فالإعلان لا يمكن أن يكون إيجاباً، لأنه لو كان كذلك لكان القبول متحققاً بمجرد تقديم العطاء، وهذا لا يتفق مع القواعد النظامية للعقود الإدارية وما ينتظمها من قواعد الاستبعاد والمفاوضة وإمكانية سحب العطاء وإلغاء المنافسة وغير ذلك من القواعد.

المطلب الثاني

تقديم العروض وتحديد اللجان المختصة:

أولاً: تقديم العروض:

يقوم المتنافســون في ضــوء شروط ومواصفات المناقصة بإعــداد عروضهم وحتى تكون

(٢٨٦) راجع على سبيل المثال د. محمد ماهر أبو العينين، مرجع سابق، ٢٠٠٣، ص٣٦٨، ود. حسن محمد هند، ود. محمد على حســن، الجديد في المشكلات العملية لقانون المناقصات والمزايدات، دار الكتب القانونية،٢٠٠٤، ص١١٥، د. ابراهيم طه الفياض، مرجع ســابق، ص٨٠، وأ. مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، ضمانات العقد الإداري، الإجراءات الســابقة على إبرام العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص٨٨،٨٩.

(٢٨٧) قد أشار النظام السابق إلى ذلك التكييف في المادة الثانية منه حيث نصت على أن:

«أ) يخطر المتنافســون إما عن طريق الإعلان في الجريدة الرســمية مرتين على الأقل وإما عن طريق توجيه كتب رسمية إلى من يدعون للمنافسة في حالة قصرها على عدد معين منهم.

ب) للجهة الإدارية أن تدعو إلى المنافسة على مرحلتين :

الأولى: توجيه الدعوة لمن يريد التنافس فيما يلزمها من مشــتريات، أو تنفيذ أعمال من العاملين في النشــاط المطلوب؛ ليُختار من بينهم المنافسون المقبولون.

الثانيــة: أن تطلــب من هؤلاء تقديم عروضهم وللجهة الإدارية أن تختار من يدعون إلى المنافســة بناءً على ما يتوفر لديها من معلومات إذا كان موضوع العمل داخلاً ضمن اختصاصها، أما إذا لم يكن داخلاً ضمن اختصاصها فتتم الدعوة بناءً على ترشــيح إحدى الجهات المتخصصة في الحكومة، وفي حالة عدم توفر هذه المعلومات لدى جهة حكومية يجوز الاستعانة بإحدى المؤسسات المتخصصة أو الهيئات الدولية.

هذه العروض مقبولة شـكلاً وموضوعاً فإنها تخضع لعـدة ضوابط حددها النظام ولائحته والتي يمكن تعدادها فيما يلي:

١- يلتـزم مقدم العرض طبقـاً للمادة (١٧) من اللائحة أن يتحـرى قبل تقديم عرضه، عن طبيعة الأعمال المتقدم لها، والظروف المصاحبة للتنفيذ، ومعرفة كافة بياناتها وتفصيلاتها، ومـا يمكن أن يؤثر على فئات عرضه ومخاطر التزاماته، وعلى الجهة الحكومية أن تقدم للمتنافسـين الإيضاحات والبيانـات اللازمة عن الأعمال المطلـوب تنفيذها قبل ميعاد تقديم العروض، وإطلاع المتنافس – بطلب منه - على حجم المشروع، وبعض المعلومات العامة عنه، التي تمكنه من تقييم الأعمال قبل شرائه أوراق المنافسة.

٢- يلتـزم مقدم العرض بتقديم عرضه مكتوباً على النماذج الأصلية المسـتلمة من الجهة الحكوميـة والمختومة بختمها وتوضع في مظاريـف مختومة بما يضمن سريتها وعدم فتحها، وذلك في الموعد والمكان المحددين لذلك أو بالوسـائل الإلكترونية، حيث يقوم المتنافس بإعداد عرضه على النسـخة الإلكترونية التي اسـتلمها من الجهة وتسليمها للجهـة مع بقيـة الوثائق الأخرى في المواعيـد المحددة، مع الالتـزام بضوابط تقنية التوقيعات الإلكترونية في طرح واسـتقبال المنافسـات الحكومية المعتمدة من وزارة المالية[٢٨٨].

٣- يلتـزم مقدم العرض وفقاً للمادة (١٣) من النظام بأن يحدد الأسـعار الإجمالية وما يرد عليهـا من زيـادة أو تخفيض في خطاب العـرض الأصلي، ولا يعتد بـأي تخفيض يقدم بوسـاطة خطاب مسـتقل حتى لو كان مرافقـاً للعرض. ولا يجوز للمتنافسـين في غير الحـالات التـي يجوز التفاوض فيها وفقـاً لأحكام هذا النظام تعديل أسـعار عروضهم بالزيادة أو التخفيض بعد تقديمها.

٤- يلتـزم مقـدم العـرض بتقديم عرضه موضحاً فيه أسـعاره رقماً وكتابة دون شـطب أو تعديل إلا في حدود معينة وذلك حتى لا يتعرض عرضه للاستبعاد وفي هذا نصت المادة العشرون من اللائحة على أنه:

"أ- يجـب على المتنافس تقديم سـعره وفقاً للـشروط والمواصفات وجـداول الكميات

(٢٨٨) راجع المادة العاشرة من النظام، والمادة الرابعة عشرة من اللائحة.

المعتمـدة مـن الجهة الحكومية، ولا يجـوز له إجراء أي تعديـل أو إبداء أي تحفظ عليها، أو القيام بشـطب أي بند من بنود المنافسـة أو مواصفاتها. ويسـتبعد العرض المخالف لذلك.

ب- تدون أسـعار العـرض الإفرادية والإجمالية في جداول الكميـات رقماً وكتابة بالعملة المحلية، ما لم ينص على تقديمها بعملة أخرى.

ج- لا يجوز لمقدم العرض التعديل، أو المحو، أو الطمس، في قائمة الأسـعار، وأي تصحيح يجريه صاحب العرض عليها يجب إعادة كتابته رقماً وكتابة والتوقيع عليه وختمه.

د- إذا بلغت فئات الأسـعار التي جرى عليهـا التعديل أو المحو أو الطمس أكثر من ١٠٪ من قائمة الأسعار جاز استبعاد العرض .

هـ- لا يجوز لمقدم العرض أن يغفل أو يترك أي بند من بنود المنافسة دون تسعير، إلا إذا أجازت شروط المنافسة ذلك.

كـما يبين صاحب العـرض وفقاً للمادة (٢٢/أ) من اللائحة مـا إذا كانت الأصناف المراد تأمينها من المصنوعات أو المنتجات الوطنية أو منتجات إحدى الدول الأخرى.

٥- يلتزم مقدم العرض لضمان جديته أن يقدم مع عرضه أصل خطاب الضمان الابتدائي وإلا اسـتبعد عرضـه حيث نصت المادة (١١) من النظام عـلى أن "يقدم مع العرض ضمان ابتـدائي يتراوح من (١٪) إلى (٢٪) (من واحد إلى اثنين في المائة) من قيمته وفقاً لشروط المنافسة، ولا يلزم تقديم هذا الضمان في الحالات التالية :

أ- الشراء المباشر إلا إذا كانت العروض مغلقة.

ب- تعاقدات الجهات الخاضعة لأحكام هذا النظام فيما بينها، وفي التعاقد مع الجمعيات الخيرية والجمعيات ذات النفع العام، بشرط تنفيذها الأعمال بنفسها[٢٨٩].

---

(٢٨٩) حـددت اللائحـة التنفيذيـة لنظـام المنافسـات والمشـتريات الحكوميـة في المـادة (٥٠) منهـا أحـكام الضمان الابتدائي فنصت على أنه « أ-يجب النص في شروط المنافسة، على نسبة الضمان الابتدائي.

ب- لا يجـوز قبـول العرض الـذي يقدم معه ضمان ابتـدائي ناقص، مهما كانت نسـبة النقص، ولا تعتبر كسـور الريال نقصاً في الضمان، وينسب الضمان إلى قيمة العرض الإجمالية قبل المراجعة والتصحيح.

ج- يكـون الضـمان الابتدائي سـاري المفعول مدة لا تقل عن (تسـعين يوماً) من التاريخ المحـدد لفتح المظاريف،

- يلتزم مقدم العرض وفقاً للفقرة (د، هـ) من المادة ٢٢ من اللائحة بأن يقدم مع العرض صورة الوثائق المشار إليها في المادة ١٢ من اللائحة فإذا إذا لم يقدم المتنافس مع عرضه أياً من الوثائق المشار إلى تقديمها في الفقرة(د) من هذه المادة، مع توافرها لديه وقت تقديم عرضه، أو أن الوثيقة المقدمة منتهية الصلاحية، جاز منحه مدة تحددها لجنة فحص العروض لاستكمال تلك الوثائق، وبما لا يؤدي إلى انتهاء الوقت المحدد للبت في الترسية، فإن لم يقدمها في الوقت المحدد يستبعد من المنافسة.

٦- يلتزم مقدم العرض وفقاً للفقرة (و) من المادة ٢٢ من اللائحة أن يقدم مع العرض صورة إضافية من جداول الكميات وقوائم الأسعار الإجمالية والإفرادية مطابقة للأصل ومختومة بختم مقدم العرض، على أن تبقى الصورة لدى لجنة فحص العروض لحين إنهاء إجراءات تحليل العروض.

ويستبعد العرض المخالف لذلك، مهما كانت مدة النقص (عدلت هذه المدة بقرار مجلس الوزراء رقم ١٥٥وتاريخ ١٤٢٩/٦/٥هـ والذي نص على أن «تكون مدة الضمان الابتدائي ثلاثة أشهر هجرية من التاريخ المحدد لفتح المظاريف، وللجهة الحق في تمديد مدة هذا الضمان بما يكمل مدة التسعين يوماً المنصوص عليها في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية». واستمر العمل بذلك بقرار مجلس الوزراء رقم ٢٨٣وتاريخ ١٤٣٢/٩/٢٢هـ. وذلك حتى عاد الوضع كما كان بقرار مجلس الوزراء رقم ١٦٠ وتاريخ ١٤٣٦/٣/٢٨هـ.

د- تقوم الجهة بطلب تمديد الضمان الابتدائي لمن رست عليه الأعمال في حالة انتهاء مدة سريانه قبل تقديم الضمان النهائي.

هـ - ترد الضمانات الابتدائية إلى أصحاب العروض المستبعدة بعد البت في الترسية، وكذلك في حالة إلغاء المنافسة، أو بعد انتهاء الوقت المحدد لسريان العروض، ما لم يبد صاحب العرض رغبته في الاستمرار في الارتباط بعرضه، وفقاً لما نصت عليه المادة (الحادية والأربعين) من هذه اللائحة .

و- يجوز للجهة الحكومية بناءً على تقديرها وبطلب من أصحاب العروض، الإفراج عن ضماناتهم الابتدائية قبل البت في الترسية، إذا تبين بعد فتح المظاريف وانكشاف الأسعار، أن أسعار تلك العروض مرتفعة، أو مخالفة للشروط.»

هذا وقد خففت من التشديد في هذا الموضوع لائحة العقود والمشتريات .. للهيئة الملكية للجبيل وينبع المشار إليها سابقاً وهو الأفضل لإيجاد مرونة في الأمر حيث نصت المادة ٨٦ منها على أنه « ١- يجب النص في شروط المنافسة على نسبة الضمان البنكي الابتدائي ومدته. ٢- لا يقبل العرض الذي يقدم معه ضمان بنكي ابتدائي ناقص القيمة اذا تجاوزت نسبة النقص خمسة عشر في المئة (١٥٪) من قيمة الضمان، اما إذا كان النقص أقل من ذلك فيعطى المتنافس مهلة تحددها لجنة فتح المظاريف لتصحيح قيمة الضمان، وينسب الضمان إلى قيمة العرض الإجمالية قبل المراجعة والتصحيح. ٣- لا يقبل العرض الذي يقدم معه ضمان بنكي ابتدائي ناقص المدة إذا تجاوزت نسبة النقص ثلاثين في المئة (٣٠٪) من مدة الضمان المنصوص عليها في كراسة الشروط، أما إذا كان النقص أقل من ذلك فيعطى المتنافس مهلة تحددها لجنة فتح المظاريف لتصحيح مدة الضمان».

٧- يلتزم مقدمو العروض بتقديم عرض واحد وذلك وفقاً للمادة ١٩ من اللائحة التي نصت على أن «يتقدم المتنافس بعرض مرادف أو بديل، إلا إذا تضمنت شروط المنافسة النص على تقديم عرض بديل وفقاً لشروط ومواصفات محددة تضعها الجهة للعرض البديل، وتلتزم الجهة في هذه الحالة بالترسية على أقل العروض المقدمة المطابقة للشروط والمواصفات».

هذا ويجوز أن يتقدم عدة مقاولين متضامنين فيما بينهم بعرض واحد غير أن ذلك يجب أن يخضع لمجموعة من الضوابط ساقتها المادة الثامنة عشرة من اللائحة بقولها: «يجوز أن يقدم العرض من عدة مقاولين بالتضامن بينهم، وفقاً لشروط تصنيف المقاولين المتضامنين، المشار إليها في نظام (تصنيف المقاولين)، ومع مراعاة الضوابط التالية:

١- أن يتم التضامن قبل تقديم العرض، وبموجب اتفاقية مبرمة بين الأطراف المتضامنة، ومصدقة من جهة ذات اختصاص بالتوثيق والتصديق كالغرفة التجارية الصناعية.

٢- أن تتضمن اتفاقية التضامن التزام المتضامنين مجتمعين أو منفردين، بتنفيذ كافة الأعمال والخدمات المطروحة في المنافسة.

٣- أن توضح اتفاقية التضامن الممثل القانوني لطرفي التضامن أمام الجهة الحكومية، لاستكمال إجراءات التعاقد، وتوقيع العقد، والمسؤولية عن التوقيعات والمخاطبات مع الجهة الحكومية.

٤- تختم وتوقع وثائق العرض ومستنداته، من جميع المتضامنين، ويرفق أصل الاتفاقية مع العرض.

٥- لا يجوز لأحد المتضامنين التقدم بعرض منفرد، أو التضامن مع متنافس آخر للمشروع نفسه.

٦- لا يجوز تعديل اتفاقية التضامن بعد تقديمها دون موافقة الجهة الحكومية.

٧- يلتزم المتنافس وفقاً للمادة ٢٢ من اللائحة أن يوقع العرض، فإذا كان مقدماً من شركة أو مؤسسة يوقع من يملك تمثيلها نظاماً مع ختم العرض وكافة مرفقاته بختم مقدم العرض.

وأخـيراً وفقاً للـمادة ٢٢ من اللائحة يقـدم العرض بموجب خطاب رسـمي تحدد فيه الأسعار الإجمالية وما يرد عليها من زيادة أو تخفيض.

٨- يلتزم مقدمو العطاءات بعروضهم وفقاً لما نصت عليه المادة ١٢ من النظام بقولها:

«أ - تكون مدة سريان العروض في المنافسات العامة تسعين يوماً من التاريخ المحدد لفتح المظاريف، فإن سحب مقدم العرض عرضه قبل انتهاء هذه المدة فلا يعاد له ضمانه الابتدائي».

وقـد اختلف الرأي في مصدر هذا الالتزام فالبعـض يعد مصدر هذا الالتزام هو الإرادة المنفـردة [٢٩٠] وذهـب رأي إلى أن هذا الالتزام مصدره القانون وفقـاً لما حدده من شروط وأوضـاع لا قبل له بتغييرها ولا قبـل لإرادته بأن تحيد عنها فالقانون هو الذي يحدد صفة المتقـدم وما يجب أن يتوافر فيه شـخصياً من شروط، وفي عطائه مـن أوضاع، والإجراءات التي يجب عليه سلوكها لصحة تقديم عطائه، والقانون نفسه هو الذي يلزم صاحب العطاء بالبقاء على عطائه حتى يتم إرسـاء واعتماد المناقصة كجـزء من متطلبات إنجاز المناقصة، ولو كان مصدر التـزام صاحب العطاء بالبقاء على عطائه إرادته المنفردة لأمكنه على الأقل أن يحدد بإرادته شروط التزامه وذلك منطق الالتزام الذي مصدره الإرادة المنفردة .. فالتزام صاحـب العطاء على عطائه التزام مصدره القانون ... وتكييف التزام صاحب العطاء بالبقاء على عطائه على أنه التزام مصدره القانون يبرر حقاً ودون لبس مسألة تجزئة إرساء المناقصة على أكثر من مناقص واحد، ويبرر أيضاً السماح له أحياناً بالانسحاب من المناقصة، كما يبرر أيضـاً امكان تقديم عطاءات بديلـة من قبل مناقص واحد، وأخيراً هـو أقرب إلى الصواب والدقـة من فكرة الأسـاس الإرادي، وعـلى العكس من ذلك، فإن القول بـأن مصدر التزام صاحب العطاء يكمن في إرادته لا يبرر أبداً جواز انسحابه، ولا يبرر تقديم العطاءات البديلة ولا جواز تجزئة الإرساء على أكثر من مناقص في المناقصة الواحدة[٢٩١].

(٢٩٠) راجع في عرض ذلك أ. مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، مرجع سـابق، ص ٨٨، والمراجع التي أشـار إليها في هذا الاتجاه: د. محمد عبد الله حمود، النظام القانوني لإبرام العقد الإداري، عن طريق تقنية المناقصات، دراسة مقارنة بين التشريعين الإماراتي والبحريني، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، كلية الحقوق، العدد الأول، ٢٠٠٥، ص٩١، ود. عبد الحكيم أحمد محمد عثمان، المناقصات وأحكامها في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص٨٣ ومـا بعدهـا، وراجع أيضاً أ. سـالم المطوع، العقود الإدارية على ضوء نظام المنافسـات والمشـتريات السعودي، ط٢، ١٤٢٩، ٢٠٠٨، ص١٣١.

(٢٩١) - راجع د. ابراهيم طه الفياض، مرجع سابق، ص٩٤.

وأعتقد أن تحديد مصدر هذا الالتزام في الإرادة المنفردة يتغافل عن طبيعة هذا الالتزام، فمصــدر هذا الالتزام هو القانون وليس الإرادة المنفــردة، فالقانون لا غيره هو الذي حدد مدة بقاء الإيجاب وليســت الإرادة المنفــردة، هذا ويلزم النظر إلى أبعــاد العقود الإدارية كافة تنظيماً وإجراء في ضوء طبيعتها الخاصة، وإن كان من تشابه بينها وبين عقود القانون الخاص فهو تشابه محدود ولا يصل أبداً إلى حد التقارب.

وأخــيراً يجوز لمقدم العرض ســحب عرضه بعد تقديمه ما لم تنتــه مدة تقديم العروض حيث نصت المادة (٢٣) من اللائحة على أنه «يجوز لصاحب العرض أن يسحب عرضه، قبل انتهاء المدة المحددة لتقديم العروض».

وفي هــذه الحالة يرد له الضمان الابتدائي لأن سريان هــذا الأخير لا يبدأ إلا من التاريخ المحدد لفتح المظاريف حيث نصت المادة (١٢) من النظام على أنه:

«أ - تكون مدة سريان العروض في المنافسات العامة تسعين يوماً من التاريخ المحدد لفتح المظاريف، فإن سحب مقدم العرض عرضه قبل انتهاء هذه المدة فلا يعاد له ضمانه الابتدائي، هذا يعني بمفهوم المخالفة أنه إذا سحب عرضه قبل بداية هذه المدة فإنه يعاد له ضمانه، تماشياً مع حقه الوارد في المادة ٢٣ من اللائحة المشار إليها، واتساقاً مع المادة (١٢) من النظام المذكورة". وإذا كان ســحب العرض جائزاً بهذه الصورة فهل يجــوز تقديم عرض آخر قبل نهاية المدة ممــن ســحب عرضه، يجيب البعــض بأن "القاعــدة العامة أنه لا يجــوز تعديل أي عرض بعــد انتهاء المدة المحــددة لتقديم العروض، أما قبل انتهاء المــدة فإنه لا يوجد في النظام السعودي نص يتحدث عن التعديل قبل انتهاء المدة، ولكن يمكن لنا أن نستنتج أن التعديل قبل انتهاء المدة جائز في النظام الســعودي وإن لم ينص عليه مباشرة، وبيان ذلك أن المادة الثالثة والعشرون من اللائحة التنفيذية لنظام المنافســات والمشتريات الحكومية نصت على أنه "يجوز لصاحب العرض أن يســحب عرضــه، قبل انتهاء المدة المحددة لتقديم العروض، ومفهــوم ذلك أنه مــا دام أنه يجوز لصاحب العرض أن يســحب عرضه قبــل انتهاء المدة المحددة لتقديم العروض، فإنه يســتطيع أن يســحب عرضه ويجري عليه التعديل ومن ثم تقديمــه من جديد بعد شراء جديد لوثائق المنافســة، وذلك مربــوط في زمن المهلة الجائزة نظاماً لسحب العرض وهي قبل انتهاء الموعد المحدد لتقديم العروض»[٢٩٢].

(٢٩٢) راجع الأستاذ سالم صالح المطوع، مرجع سابق، ص ١٣٢.

وأختلــف مع هذا الرأي، وذلــك لأن المادة (١٣) من النظام نصــت على أنه «يجب أن تحــدد الأســعار الإجمالية وما يرد عليهــا من زيادة أو تخفيض في خطــاب العرض الأصلي، ولا يعتــد بــأي تخفيــض يقدم بوســاطة خطاب مســتقل حتى لــو كان مرافقــاً للعرض. ولا يجوز للمتنافســين في غير الحــالات التي يجوز التفاوض فيها وفقــاً لأحكام هذا النظام تعديل أسعار عروضهم بالزيادة أو التخفيض بعد تقديمها».

وعــلى ذلك فإنه إذا كان لا يجــوز تعديل العروض بعد تقديمهــا، فإنه من باب أولى لا يجوز التقدم بعرض جديد بعد سحبه، وذلك لأن التعديل قائم في الحالتين، كما أن العلة في الحالتين قائمة، وهي منع أي شــبهة يمكن أن توجــه إلى العملية التعاقدية، كما أنه إذا كان جائزاً التقديم بعرض جديد بعد التعديل فما كان الداعي قانوناً إلى منع التعديل في العرض الأول، أعتقد أنه لا يجوز لمن سحب عرضه أن يتقدم مرة أخرى لهذه العملية، إلا في الحالة التي تلغى فيها ويعاد طرحها من جديد.

وقطعاً لأي اجتهاد أرى أن يضاف للمادة (٢٣) المشار إليها ما نصه «.... ولا يجوز له أن يتقدم بعرض جديد ما لم تلغ المنافسة».

ثانياً: لجنة فتح المظاريف:

يصدر الوزير أو رئيس الدائرة المستقلة وفقاً للمادة (٢٤) من اللائحة قراراً بتكوين لجنة أو أكــثر تتولى فتح المظاريف وينــص في القرار على تعيين نائب للرئيس يحل محله في حالة غيابه، ويجوز للوزير أو رئيس الدائرة المســتقلة تفويــض صلاحياتهما في تكوين لجان فتح المظاريف لدى الفروع والأجهزة المرتبطة بالوزارة أو الدائرة المستقلة.

وعن تكوين اللجنة فقد نصت المادة (١٤) من النظام على أن «تكوّن لجنة أو أكثر لدى الجهة الحكومية لفتح المظاريف لا يقل عدد أعضائها عن ثلاثة، إضافة إلى رئيســها الذي لا تقل مرتبته عن العاشرة أو ما يعادلها. وينص في التكوّين على عضو احتياطي يكمل النصاب إن غاب أحد الأعضاء، ويعاد تكوّين اللجنة كل ثلاث سنوات».

وفي الميعاد المحدد وفقاً للمادة (١٥) من النظام «تفتح المظاريف بحضور جميع أعضاء لجنــة فتــح المظاريف في الموعــد المحدد لذلك. وتعلــن على من حضر من المتنافســين أو

مندوبيهم الأسعار الواردة في العروض، ويجب على هذه اللجنة إحالة محضرها وأوراق المنافسة إلى لجنة فحص العروض خلال سبعة أيام من تاريخ فتح المظاريف».

وعلى طريقة عمل اللجنة إجرائياً وموضوعياً وبشيء من التفصيل نصت اللائحة في مادتها (٢٥) على أن«تفتح المظاريف في الساعة واليوم المحددين لذلك، على أن تراعي الجهة تسلم البريد اليومي (الورقي والإلكتروني) الوارد إليها في آخر موعد لتقديم العروض.
ولا يجوز أن يتجاوز موعد فتح المظاريف اليوم التالي لآخر موعد لتقديم العروض. وعلى اللجنة أن تنهي فتح كافة المظاريف في نفس الجلسة».
وفي المادة (٢٧) من اللائحة تحددت اختصاصات اللجنة فنصت على أنه:

«أ- على لجنة فتح المظاريف التأكد من سلامة المظاريف واتفاقها مع الشكل الذي حدده النظام وهذه اللائحة، وعليها أن تثبت في محضرها عدد العروض المقدمة، وإعطاء كل عرض رقماً متسلسلاً، على هيئة كسر اعتيادي بسطه رقم العرض ومقامه عدد العروض المقدمة.

ب- تعلن اللجنة على الحاضرين من أصحاب العروض أو مندوبيهم اسم مقدم العرض، وسعره الإجمالي، وما ورد على سعره من زيادة أو تخفيض في خطاب العرض الأصلي.

ج- على رئيس اللجنة وكافة الأعضاء حصر العينات، ومواصفات الأجهزة والمواد (الكتالوجات) المقدمة مع العرض، والتوقيع على خطاب العرض الأصلي، وجداول الكميات، وخطاب الضمان البنكي، والشهادات المرفقة ضمن العرض، والمحضر الذي تدون فيه اللجنة إجراءاته.

د- على اللجنة إثبات محتويات المظاريف التي قامت بفتحها، وما اشتملت عليه الأسعار الواردة بها من تعديل أو تصحيح، أو طمس، كما يجب عليها حصر البنود غير المسعرة، أو التي لم تدون أسعارها الإفرادية أو الإجمالية، رقماً وكتابة.

هـ - لا يجوز للجنة فتح المظاريف أن تستبعد أي عرض، أو أن تطلب من أصحاب العروض تصحيح الأخطاء، أو تلافي الملاحظات الواردة في عروضهم . كما لا يجوز لها استلام أي عروض أو مظاريف أو خطابات أو عينات يقدمها لها أصحاب العروض أثناء جلسة فتح المظاريف.

و- بعد اســتكمال لجنة فتح المظاريف أعمالها، تحيل محضرها وأوراق المنافسة إلى لجنة فحص العروض، بما لا يتجاوز المدة المحددة لها بموجب المادة (الخامســة عشرة) من النظام».

وأخيراً نشير إلى أنه إذا كان على اللجنة المذكورة أن تجتمع في الميعاد المحدد فإنه يمكن وفي حالات محددة تجاوز ذلك الميعاد، وهذه الحالات نصت عليها المادة (٢٦) من اللائحة بقولهــا: "مع عدم الإخلال بأحكام المادة (الخامســة والعشرين) مــن هذه اللائحة والمادة (الخامسة عشرة) من النظام، يجوز تمديد قبول العروض وتأجيل فتح المظاريف في الأحوال التالية:

١- إذا اتضح عدم استكمال المدة النظامية لتقديم العروض، المحددة بموجب المادة (العاشرة فقــرة /هـ) من هذه اللائحة،وعلى الجهة الإعلان عن تمديد قبول العروض وتأجيل فتح المظاريف لاستكمال هذه المدة، وفقاً لإجراءات الإعلان عن المنافسات العامة، مع إشعار مشتري وثائق المنافسة بذلك كتابة.

٢- إذا توافرت أسباب مقبولة لتمديد قبول العروض، كما لو اكتشفت أخطاء جوهرية في جــداول الكميــات، أو في شروط المنافســة، أو بناءً على طلــب مبرر من أغلب مشــتري أوراق المنافســة (تقبله الجهة الحكومية)، أو في حالة عدم تقدم عروض للمنافسة.

ويعلــن عن تمديد قبول العروض وتأجيل فتح المظاريف مدة مناســبة، وفقاً لإجراءات الإعلان عن المنافسات العامة، مع إشعار مشتري وثائق المنافسة بذلك كتابة.

٣- إذا لم تتمكن لجنة فتح المظاريف من القيام بعملها لأســباب مقبولة، يتم تأجيل موعد فتح المظاريف المدة اللازمة والضرورية، ويشــعر المتقدمون للمنافســة بذلك كتابة، ولا يجوز في هذه الحالة قبول عروض جديدة أثناء فترة التأجيل».

وتحليــلاً للبند ثانياً، فإنه إذا توافرت أســباب مقبولة، وتحديد هذه الأســباب ســلطة تقديريــة للجهة، وما التعــداد الوارد في هذا البند إلا على ســبيل المثال كما هو واضح من صياغة النص، وعليه تســتطيع الجهة المعنية وفقاً لهذه الأســباب وغيرها مما يكون مقبولاً

وفقاً لسـلطتها التقديرية أن تعلن عن تمديد قبول العروض وفقاً للمدة التي تراها مناسبة حيث لم يحدد النص مدة معينة.

وهكـذا تكون مهمة هـذه اللجنة هي فتـح وحصر وإثبات محتويـات العروض المقدمة أمام مقدميها أو مندوبيهم دون أن تتعداها إلى اسـتلام أي عروض جديدة أو عينات، أو تصحيح أخطاء، أو اسـتبعاد أي من العروض وفقاً لما تمت الإشارة إليه، غير أن ذلـك لا يقلـل من أهمية عمل اللجنة على الأقل كـدور تنظيمي وتحضيري للجنة فحص العروض.

ثالثاً: لجنة فحص العروض:

هذا اللجنة أهم من سابقتها وتتبدى أهميتها من خلال تشكيلها والمهام الكثيرة والمؤثرة التي أنيطت بها، وتبياناً لذلك سـنعرض لهذه اللجنة من خلال تشـكيلها ومهامها وطريقة عملها وذلك كما يلي:

١- تشكيل لجنة فحص العروض:

نصت المادة (١٦) من النظام على أن

«أ - تكـوّن في الجهة الحكومية لجنة أو أكثر لفحـص العروض تتكون من ثلاثة أعضاء عـلى الأقل إضافة إلى رئيسـها الذي لا تقل مرتبته عن الثالثة عـشرة أو ما يعادلها، على أن يكـون من بينهم المراقب المالي ومن هو مؤهل تأهيلاً نظامياً. وينص في التكوين على عضو احتياطـي يكمـل النصاب إن غاب أحـد الأعضاء، وتتولى هذه اللجنـة تقديم توصياتها في الترسية على أفضل العروض وفقاً لأحكام هذا النظام ولائحته التنفيذية، ولها أن تستعين في تقديم توصياتها بتقرير من فنيين متخصصين.

ب - يعاد تكوين اللجنة كل سنة».

غـير أنه وفقاً للمادة (١٨) من النظام فإنه إذا كانت اللجنة مشـكلة في غير مقر الجهة الرئيس يجوز أن يكون رئيسها مرتبة العاشرة أو ما يعادلها.

وجــاءت المــادة (٢٨) من اللائحة لتبين تفاصيــل إجرائية على المــادة (١٦) من النظام المذكورة فنصت على أن:

«أ- يصدر الوزير أو رئيس الدائرة المستقلة قراراً، بتكوين لجنة أو أكثر لفحص العروض، وفقاً لأحكام المادة (السادسة عشرة) من النظام، وينص في القرار على تعيين نائب للرئيس يحل محله في حالة غيابه، ولا يعتبر انعقاد اللجنة نظامياً إلا بمشاركة المراقب المالي.
ب- يجــوز للوزير أو رئيس الدائرة المســتقلة تفويض صلاحياتهــما في تكوين لجان فحص العروض لدى الفروع والأجهزة المرتبطة بالوزارة أو الدائرة المستقلة».

هذا وطبقاً للمادة (١٧) من النظام أنه «لا يجوز الجمع بين رئاسة لجنة فحص العروض وصلاحية البت في المنافسة، كما لا يجوز الجمع بين رئاسة لجنة فتح المظاريف ورئاسة لجنة فحص العروض أو العضوية فيهما».

٢- طريقة عمل اللجنة ومهامها وسلطاتها:

تعمــل اللجنة وتتخذ توصياتها وفقاً للمادة (١٩) من النظام والتي نصت على أن يكون ذلــك «بحضور كامل أعضائها، وتدون هذه التوصيات في محضر، ويوضح الرأي المخالف إن وجد، وحجة كلا الرأيين، ليعرض على صاحب الصلاحية للبت في الترسية بما يتفق مع أحكام هذا النظام».

وتتحد مهام اللجنة في التوصية بالترســية على أقل العروض ســعراً، وأفضلها من الناحية الفنيــة، المطابــق للشروط والمواصفات، وتســتبعد مــالا يتفق من العــروض مع الشروط والمواصفات وفقاً لأحكام النظام ولائحته[٢٩٣].

وبهذا يتحدد دور اللجنة في التوصية على أقل العروض سعراً وأفضلها من الناحية الفنية بــشرط أن يكن موافقاً للشروط والمواصفات حيث لا يجوز قبول العروض والتعاقد بموجبها إلا طبقاً للشروط والمواصفات الموضوعة لها[٢٩٤].

---

(٢٩٣) راجع المادة ٢٩ من اللائحة.

(٢٩٤) راجع المادة ٨ من النظام.

واللجنــة في طريقها لهــذه التوصية تقوم بالكثير من المهــام ويختلط بذلك العديد من السـلطات، وفي نفس الوقــت فُرِضَ عليها بعــض القيود ويمكن تحديد ذلــك وفقاً للنظام ولائحته كما يلي:

أ- المهام:

تتحدد مهام لجنة فحص العروض فيما يلي:

- وفقاً للمادة (٣٣) من اللائحة التنفيذية للنظام تقوم اللجنة:

«أ- بمراجعة جداول الكميات والأسعار الواردة في العرض، سواءً في مفرداتها أو مجموعها، وإجراء التصحيحات المادية اللازمة في العرض.

ب- إذا وجد اختلاف بين السعر المبين كتابة والسعر المبين بالأرقام، كانت العبرة بالسعر المبين كتابة، وإذا وجد اختلاف بين سعر الوحدة وسعر مجموعها كانت العبرة بسعر الوحدة.

إذا وجدت دلائل تؤكد عدم صحة السعر وفقاً لأسلوب التصحيح الوارد في الفقرة (ب) مــن هذه المادة، فللجنة فحص العروض بعد التأكد من التوازن المالي لأســعار البنود، وبعد مقارنة الســعر مع مثيلاته في العرض والعروض الأخرى، وسعر السوق، والأسعار التقديرية، الأخذ بالسعر الوارد في العرض الذي يثبت لها صحته».

- وفقاً للمادة (٣١) من اللائحة:

«أ - يجوز للجنة فحص العروض أن تطلب من المتنافسين إيضاح أي بيانات أو غموض في عطاءاتهــم، على ألا يخل ذلك بتكافؤ الفرص، والمســاواة بين المتنافســين، وألا يؤدي إلى التغيير في مسائل جوهرية بما في ذلك السعر، أو يحول العرض المخالف للشروط والمواصفات إلى عرض مقبول.

ب - لا يجوز للجان التحليل الفني أو الإدارات المختصة بالمنافســات والمشــتريات لدى الجهــة الحكومية، مخاطبة أصحاب العروض بما أشــير إليه في الفقرة (أ) من هذه المادة إلا بموافقة مسبقة من لجنة فحص العروض».

- واستكمالاً لذلك فإن المادة (٣٢) من اللائحة نصت على أنه:

«أ - إذا أغفل المتنافس وضع أسـعار لبعض البنود فإن للجنة فحص العروض مع الحق باسـتبعاد العرض اعتبار البنود غير المسـعرة محملة على القيمة الإجمالية للعرض. ويعتبر المتنافس موافقاً على هذا الشرط عند تقديمه لعرضه.

ب- في عقـود التوريـد يعتبر المتنافس لم يقدم عرضاً بالنسـبة للأصناف غير المسـعرة، ويستبعد عرضه إذا لم تجز شروط المنافسة التجزئة.

ج- في حالـة عدم تنفيذ المتعاقـد للبنود المحملة على إجمالي قيمة العرض يتم تنفيذها على حسابه، أو يحسم ما يقابل تكاليفها حسب متوسط سعر البند لدى المتقدمين للمنافسة، أو السـعر الذي تقدره لجنة فحص العروض في حالة العرض الواحد أو عدم تسـعير البنود المغفلة من كافة المتنافسين.

د- إذا عدلـت الجهة الحكومية عـن تنفيذ أي بند من البنود المحملة على إجمالي قيمة العرض يتم حسـم ما يقابل تكاليفها وفقاً للأسـلوب المحدد لتسعيرها المشار إليه في الفقرة (ج) من هذه المادة.

- للجنـة أن تقـوم بالتفاوض مع المتنافس الأقـل عطاءً وفقاً للـمادة (٢١) من النظام والتـي نصت على أنه «يجوز للجنة فحص العروض التفاوض مع صاحب أقل عرض مطابق للشروط والمواصفات، ثم مع من يليه من المتنافسين في الحالتين التاليتين:

أ- إذا ارتفعت العروض عن أسـعار السـوق بشـكل ظاهر تحـدد اللجنة مبلغ التخفيـض بما يتفق مع أسـعار السـوق، وتطلـب كتابياً من صاحـب العرض الأقل تخفيض سـعره. فإن امتنع أو لم يصل بسـعره إلى المبلغ المحدد، تتفاوض مع العرض الذي يليه وهكذا. فإن لم يتم التوصل إلى السعر المحدد تلغى المنافسة، ويعاد طرحها من جديد.

ب- إذا زادت قيمـة العـروض على المبالغ المعتمدة للمـشروع، يجوز للجهة الحكومية إلغاء بعض البنود أو تخفيضها للوصول إلى المبالغ المعتمدة بشرط ألا يؤثر ذلك على الانتفاع بالمشروع أو ترتيب العروض وإلا تُلغى المنافسة».

وبالتــالي فإن هذا التفاوض وإن كان جائــزاً إلا أنه يجب حال إجرائه أن تكون العروض مطابقة للشروط والمواصفات وإلا جرى اســتبعادها أصــلًا وفي هذا قضى ديوان المظالم أنه «ولا ينال من ذلك دفع المدعي وكالة من مخالفة المدعى عليها لما قضت به المادة (٢١) من النظام من أنه «يجوز للجنة فحص العروض التفاوض مع صاحب أقل عرض مطابق للشروط والمواصفات ثم مع من يليه من المتنافسين في الحالتين التاليتين:

أ- إذا ارتفعت العروض عن أســعار الســوق .. ب - إذا زادت قيمة العروض على المبالغ المعتمــدة ... حيث إنها لم تتفاوض مع الشركة المدعية، فضلاً عن أن المادة حددت التفاوض مع العرض المطابق للشروط والمواصفات وهو ما لا ينطبق على المدعية، فإن المادة جوازية وليست وجوبية علاوةً إلى ان المراد بالمادة التفاوض حال ارتفاع السعر إما من السوق، وإما على المعتمد للمشروع..»[٢٩٥]

وعــلى اللجنة في ســبيل التحقــق من اعتدال ســعر أقــل العروض المطابــق للشروط والمواصفات» وكما نصت المادة (٣٤/أ) من اللائحة الاسترشاد بالأثمان الأخيرة السابق التعامل بها وأســعار السوق والأســعار التقديرية والإرشادية وذلك يعد تطبيقاً لما نصت عليه المادة (٥) من اللائحة والتي نصت على أن:

«أ - تقوم الجهة الحكومية بالاستعانة بالجهاز الفني الذي شارك في إِعداد المواصفات أو غيره من الجهات المتخصصة بالتســعير، بوضع أسعار تقديرية إرشادية للأعمال على جداول البنود والكميات الخاصة بالمنافســة، بما يتفق مع الأســعار الســائدة في السوق، ومن واقع الأســعار الســابق التعامل بها، وذلك قبل الإعلان عن المنافسة، وتوضع في مظروف مختوم يرفع لرئيس لجنة فحص العروض ويفتح من قبل اللجنة عند البت في المنافسة.

ب- على الجهة الحكومية أن تحتفظ بدليل شــامل لأسعار المواد والخدمات التي يتكرر تأمينها، على أن تقوم بتحديث الدليل بشكل مستمر».

---

(٢٩٥) راجــع حكــم المحكمة الإدارية رقم ٢٠٢/د/إ/٢ لعــام ١٤٣٣هـ في القضية رقم ١٠/٤٣٣٧/ق لعــام ١٤٣٢هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٢/٥٩١ لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم ٢٦٩٨/ق لعام ١٤٣٣هـ (حكم غير منشور).

هذا وقد أشــارت المادة ذاتهــا البند (ب) أنه في حالة زيادة أســعار العرض عن المبالغ المعتمدة، بســبب ارتفاع الأسعار عن الأســعار التقديرية وأسعار السوق، يتم التفاوض أولاً لتخفيض العرض إلى الســعر الســائد، ثم يتم التفاوض لإلغاء أو تخفيض بعض البنود، وفقاً لأحكام المادة (الحادية والعشرين) من النظام.

هذا ومن أهم ســلطات اللجنة التوصية باســتبعاد بعض العــروض المقدمة في حالات معينة، وتتضمن هذه الحالات ما يلي:

- عــدم قدرة صاحب العرض الأقل مالياً وفنياً على تنفيذ التزاماته وفي هذا نصت المادة (٢٣) مــن النظام عــلى أنه يجوز للجنة فحــص العروض التوصية باســتبعاد أي عرض من العروض من المنافسة حتى لو كان أقل العروض سعراً، إذا تبين أن لدى صاحب العرض عدداً من المشــاريع ورأت اللجنة أن حجم التزاماته التعاقديــة قد أصبح مرتفعاً على نحو يفوق قدراتــه المالية أو الفنية بما يؤثر على تنفيذه لالتزاماته التعاقدية، وفي هذه الحالة تتفاوض مع العطاء الذي يليه وفقاً لقواعد التفاوض المحددة في هذا النظام[٢٩٦].

- إذا تجاوزت الأخطاء الحســابية في الأســعار بعد تصحيحها أكثر من ١٠ ٪ من إجمالي قيمة العرض وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة (٣٣/د) من اللائحة.

- إذا أغفل المتنافس وفقاً للمادة (٣٢/أ) من اللائحة وضع أسعار لبعض البنود فإن للجنة

(٢٩٦) على أنه في هذه الحالة يلزم من لجنة فحص العروض التحقق من ذلك بمراعاة ما نصت عليه المادة ٣٨ من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية بقولها: «مع مراعاة الأحكام الواردة في المادة (الثالثة والعشرين) من النظام، يجب على لجنة فحص العروض قبل التوصية باستبعاد عرض المتنافس، الذي يتبين لها أن حجم التزاماته التعاقدية مرتفع على نحو يفوق قدراته المالية أو الفنية، مراعاة ما يلي:أ- التأكد من حجم التزامات صاحب العرض، للعقــود القائم بتنفيذها لدى الجهة أو غيرها من الجهات الأخرى، ومســتوى تنفيذها، وما إذا كان بإمكانه تنفيذ المشروع محل المنافسة إلى جانب تلك العقود القائمة.

ب- التأكــد من خبرتــه الفنية، وإمكاناته المالية، وفقاً لما ورد في الفقرتين (ب،ج) من المادة (الســابعة والثلاثين) من هذه اللائحة.

ج- أن يكون الاستبعاد مبنياً على أسباب جوهرية مقبولة، يراعى فيها مصلحة الجهة الحكومية، بموجب تقرير فني تعده الجهة.

د- إذا توصلت لجنة فحص العروض إلى القناعة بأن إمكانات المتنافس لا تتحمل إسناد أعمال أخرى إليه، بما قد يؤثر على تنفيذه لالتزاماته، فلها التوصية باستبعاده من المنافسة.

فحص العروض مع الحق باستبعاد العرض اعتبار البنود غير المسعرة محملة على القيمة الإجمالية للعرض. ويعتبر المتنافس موافقاً على هذا الشرط عند تقديمه لعرضه.
- إذا بلغت وفقاً للمادة(٢٠/د) من اللائحة فئات الأسعار التي جرى عليها التعديل أو المحو أو الطمس أكثر من ١٠٪ من قائمة الأسعار.

أما القيود التي تجري على عمل اللجنة فإن المادة (٣٠) من اللائحة نصت على أنه «يجب على لجنة فحص العروض، ولجان الشراء الأخرى، ولجان التحليل الفني، أن تلتزم بالمعايير الفنية والنظامية لتحليل العروض، وتحديد المقدرة الفنية والمالية للمتنافس، المحددة بموجب أحكام النظام وهذه اللائحة. ولا يجوز استبعاد أي عرض بحجة عدم مناسبته من الناحية الفنية ما دام مطابقاً للشروط والمواصفات الموضوعة، ومتفقاً مع أحكام النظام وهذه اللائحة».

وأيضاً فقد نصت المادة (٢٤) من النظام على أنه «إذا لم يقدم للمنافسة إلا عرض واحد، أو قدمت عدة عروض واتضح أنها غير مطابقة للشروط والمواصفات – عدا عرض واحد – فلا يجوز قبول هذا العرض إلا إذا كانت أسعاره مماثلة للأسعار السائدة، وكانت حاجة العمل لا تسمح بإعادة طرح المنافسة مرة أخرى، وذلك بعد موافقة الوزير المختص أو رئيس الدائرة المستقلة».

وأخيراً فإنه كان نص المادة٢٢ من النظام[٢٩٧] تنص على أنه «لا يجوز استبعاد أي عرض بحجة تدني أسعاره إلا إذا قل بنسبة (٣٥٪) خمسة وثلاثين في المائة فأكثر عن تقديرات الجهة الحكومية والأسعار السائدة، ويجوز للجنة فحص العروض بعد مناقشة صاحب العرض وإجراء التحليل المالي والفني ووصولها إلى قناعة بمقدرة صاحب العرض على تنفيذ العقد التوصية بعدم استبعاد العرض»[٢٩٨].

(٢٩٧) عدل نص هذه المادة بقرار مجلس الوزراء قرار رقم ١٥٥ بتاريخ ١٤٢٩/٦/٥هـ الذي نص على أن «يستبعد العرض الذي تقل أسعاره بنسبة (٣٥٪) خمسة وثلاثين في المائة عن تقديرات الجهة صاحبة المشروع دون الرجوع إلى مقدم العطاء «واستمر العمل بذلك بقرار مجلس الوزراء رقم ٢٨٣ بتاريخ ١٤٣٢/٩/٢٢هـ وأيضاً قرار مجلس الوزراء رقم ١٦٠ وتاريخ ١٤٣٦/٣/٢٨ لمدة ثلاث سنوات.

(٢٩٨) ويتم التأكد من المقدرة الفنية والمالية من خلال الضوابط التي قررتها اللائحة والتي نصت عليها في المادة ٣٧ بقولها «مع مراعاة الأحكام الواردة في المادة (الثانية والعشرين) من النظام، يجب على لجنة فحص العروض قبل التوصية باستبعاد العرض الذي قدم أسعاراً متدنية، مراعاة ما يلي:

هذا وكما يكون الاستبعاد موكولاً جوازاً إلى لجنة فحص العروض فإنه قد يكون الاستبعاد وجوبيــاً بقــوة النظام، من ذلك مــا نصت عليه المــادة الثامنة من النظــام بأنه «لا يجوز قبول العروض والتعاقد بموجبها إلا طبقاً للشروط والمواصفات الموضوعة لها».
وهو ما أكدته المادة (٢٩) من اللائحة بأن «توصي لجنة فحص العروض بالترســية على أقل العروض ســعراً، وأفضلها من الناحية الفنية، المطابق للشروط والمواصفات، وتســتبعد مالا يتفق من العروض مع الشروط والمواصفات، وفقاً لأحكام النظام وهذه اللائحة».

وأيضاً ما نصت عليه المادة (٣٥) من اللائحة بأن «يستبعد العرض الذي يكون مبنياً على تخفيض نسبة مئوية أو قدر معين من أقل العروض».

وأيضاً ما نصت عليه المادة (١٦) من اللائحة بأنه «على المتقدم للمنافسة مراعاة مجال تصنيــف الأعمال المتقدم لها، مع التقيد بالحدود المالية لدرجة تصنيفه، ويســتبعد العرض المخالف لذلك». وأيضاً ما نصت عليه المادة (٢٠/أ) بأنه «يجب على المتنافس تقديم سعره وفقــاً للشروط والمواصفات وجداول الكميــات المعتمدة من الجهة الحكومية، ولا يجوز له إجراء أي تعديل أو إبداء أي تحفظ عليها، أو القيام بشــطب أي بند من بنود المنافســة أو مواصفاتها. ويســتبعد العرض المخالف لذلك». وأيضاً مــا نصت عليه المادة (٢٢/ج، و/هـ) من اللائحة على أنه

«ج - يقــدم مع العــرض (أصل خطاب الضمان الابتدائي) . ويســتبعد العرض المخالف لذلك.

هـ- إذا لم يقدم المتنافس مع عرضه أياً من الوثائق المشار إلى تقديمها في الفقرة(د) من هــذه المادة، مع توافرها لديه وقت تقديم عرضه، أو أن الوثيقة المقدمة منتهية الصلاحية،

أ- التأكد من اعتدال الأسعار التقديرية الإرشادية للأعمال، وتوافقها مع الأسعار السائدة في السوق عند تقديم العروض.

ب- التأكد من الخبرة الفنية لصاحب العرض، والأعمال المماثلة التي قام بتنفيذها.

ج- الاطلاع على المركز المالي لصاحب العرض للتأكد من مقدرته وإمكاناته المالية.

د- مناقشة صاحب العرض لإيضاح الأسس والمعايير التي تم بموجبها تحديد أسعار العرض.

هـ- إذا توصلت لجنة فحص العروض بإجماع أعضائها إلى القناعة بضعف إمكانات صاحب العرض، وتدني الأسعار المقدمة منــه، بما يؤثر عــلى تنفيذه لالتزاماته، توصي باســتبعاد العرض . أما إذا اتضح تأهيل وخبرة المتقدم، وأن الأســعار المقدمة منه تغطي تكاليف التنفيذ، وإن كانت متدنية، فتتم التوصية بالترسية عليه».

جاز منحه مدة تحددها لجنة فحص العروض لاستكمال تلك الوثائق، وبما لا يؤدي إلى انتهاء الوقت المحدد للبت في الترسية، فإن لم يقدمها في الوقت المحدد يستبعد من المنافسة.»

وكذلـك ما نصت عليه المادة (٣٢/ب) من اللائحة أنه «في عقود التوريد يعتبر المتنافس لم يقدم عرضاً بالنسـبة للأصناف غير المسعرة، ويسـتبعد عرضه إذا لم تجز شروط المنافسة التجزئة».

المطلب الثالث

البت في المناقصة:

أولاً: سلطة البت في المناقصة:

بعـد هذا لا يبقى إلا البت في المنافسـة على ضـوء توصيات اللجنة ومـا يراه صاحب الصلاحيـة وتكـون صلاحية البـت في العروض من قبـل الوزير المختـص أو رئيس الدائرة المستقلة، ويجوز له التفويض للمسؤولين بما لا يزيد على ثلاثة ملايين ريال[٢٩٩].

ويجب أن يكون البت في العروض واعتماد الترسية طبقاً للمدة المحددة في المادة ١٢ من النظام والمحددة بتسـعين يوماً من اليوم المحـدد لفتح المظاريف[٣٠٠]. وإلا فإنه يجب وفقاً للمادة (٥٣) من اللائحة أن:

«أ- على الجهة الحكومية تمديد صلاحية الضمان قبل انتهاء مدة سريانه، وذلك في حالة توافر الأسباب المحددة لتمديد صلاحية الضمان، بموجب النظام وهذه اللائحة وشروط التعاقد.
ب- تقـوم الجهة الحكومية بتوجيه طلب التمديد إلى البنك مباشرة، ويزود المتعاقد بصورة منه، ويكون التمديد للفترة الضرورية اللازمة، ويشـار في طلب التمديد أنه إذا لم ينه البنك إجـراءات التمديد قبل انتهـاء مدة سريان الضمان، يجب عليه دفـع قيمة الضمان للجهة فوراً».

(٢٩٩) راجع المادة ٢٦ من النظام.

(٣٠٠) راجع المادة ٢٠ من النظام.

وبصدور قرار الترسـية تفصح الجهة الحكومية عن إيجابها والذي يجب في هذه الحالة إبلاغه لمن رست عليه المناقصة حتى يعمل أثره.

وفيه أيضاً نصت المادة (٤١) من اللائحة على أنه

«أ - إذا لم تتمكن الجهة الحكومية من البت في الترسية خلال مدة سريان العروض، تشعر أصحاب العروض برغبتها تمديد مدة سريان عروضهم لمدة تسعين يوماً أخرى.
ب- على من يوافق من أصحاب العروض على التمديد، تمديد ضماناتهم وإبلاغ الجهة الحكومية بذلك خلال أسبوعين من تاريخ الإشعار بطلب التمديد، ومن لم يتقدم خلال هذه المدة، يعد غير موافق على تمديد عرضه، ويعاد له ضمانه الابتدائي».

ولكن هل يسـتطيع صاحب الصلاحية أن يتجاوز اختيار توصيات لجنة فحص العروض إن أراد أن يتم العملية التعاقدية؟

تقضي المحكمة الإدارية العليا بأنه «على الجهة الإدارية أن تلتزم بإبرام العقد مع من عينته لجنة البت واختصاصها في هذه الحالة اختصاص مقيد، حيث تلتزم بالامتناع عن التعاقد مع غير هذا المتناقص ولا تستبدل به غيره، إلا أنه يقابل هذا الاختصاص المقيد بسلطة تقديرية هي حق هذه الجهة في عدم إتمام العقد وفي العدول عنه إذا ثبت ملاءمة ذلك لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة»[٣٠١].

ويؤيد البعض من الفقه هذا الاتجاه ويشير إلى أن كل ما يمكن للجهة الإدارية المختصة عمله - إذا لم ترد التعاقد - هو إلغاء المناقصة أو المزايدة إذا توافرت الشروط القانونية لذلك وهذا هو الحكم السليم فعلاً، إذ هو يوفق بين مقتضى النظام القانوني للمناقصة أو المزايدة، ومبدأ آلية الإرساء الذي يحكمه مقتضى المصلحة العامة[٣٠٢].

وأعتقد أن ذلك لا ينسحب على النظام السعودي إذ إن كل ما تقوم به لجنة فحص العروض هي توصيات ترفع لصاحب الصلاحية لاتخاذ قرار بشأنها ليس وفقاً لرأي اللجنة، إنما وفقاً لما يقرره النظام، فهو لا يتجاهل رأي اللجنة إلا أنه ليس ملزماً له، وذلك يعود إلى

---

(٣٠١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣١٣ لسنة ٤ ق، بجلسة ١٩٦٠/٢/١٣، المجموعة ٢/٥، ص٣٥٥.
وراجع أيضاً حكمها في في الطعنين رقم ١٢٦٦، ١٢٨٦، لسنة ٣٣ق، بجلسة ١٩٩٥/٨/٣، المجموعة، ١/٤٠، ص٩.

(٣٠٢) راجع د. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص١٤٨.

مـا نصت عليه المادة (١٩) مـن النظام بأن " تتخذ اللجنة توصياتها بحضور كامل أعضائها، وتـدون هذه التوصيـات في محضر، ويوضح الـرأي المخالف إن وجد، وحجـة كلا الرأيين، ليعرض على صاحب الصلاحية للبت في الترسية بما يتفق مع أحكام هذا النظام.

هذا ويتجه الفقه والقضاء – على ما سـيأتي تفصيله - الى أن قرار صاحب الصلاحية هو قـرار إداري منفصـل عن العقد ذاتـه ومن ثم يمكن الطعن عليـه بالإلغاء من أي صاحب مصلحة شأنه في ذلك شأن أي قرار إداري نهائي[٣٠٣].

ثانياً: الآثار المترتبة على قرار الترسية:

١-يصبح من رسى عليه العطاء في مركز تعاقدي بإبلاغه بقرار الترسية الذي به يلتقي إيجابه بقبول الجهة.

٢- يلتزم من رسـت عليه المناقصة بأن يقدم ضماناً نهائيا قدرة خمسـة في المائة من قيمة العقـد، وذلك حتى تضمن الجهة الحكومية توقي الآثار الناجمة عن الإخلال بالالتزامات العقدية من المتعاقد أثناء تنفيذ العقد.

ويقـدم الضـمان في صورة خطاب الضمان والـذي عرفته المحكمة الإداريـة العليا بأنه «تعهـد يلتزم بموجبه البنك بنـاءً على أمر عميله بدفع مبلغ نقـدي معين أو قابل للتعيين بمجرد طلب هذا الإخطار خلال مدة معينة، ويعتبر التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان قبل المسـتفيد التزاماً ناشئاً بالإرادة المنفردة، وينقضي التزام البنك بانقضاء الاجل المحدد في خطاب الضمان دون استعمال أو مد فترته بالاتفاق مع العميل»[٣٠٤].

وحتـى يتلبس الضمان بالصحة القانونية وجـب أن يكون وفقاً للأحكام التي نص عليها النظام ولائحته، وقد تكفلا ببيان ذلك تفصيلاً، حيث نصت المادة (٣٣) من النظام على أنه:

«أ- يجب على من تتم الترسـية عليه أن يقدم ضماناً نهائياً بنسبة (٥٪) خمسة في المائة من قيمة العقد خلال عشرة أيام من تاريخ الترسـية، ويجوز تمديد هذه المدة لفترة مماثلة، وأن تأخـر عن ذلك فلا يعاد له الضمان الابتدائي، ويتم التفاوض مع العرض الذي يليه وفقاً لأحكام هذا النظام.

---

(٣٠٣) راجع د. محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص١٤٤.

(٣٠٤) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٩٣٣لسنة ٣١ ق، بجلسة ١٩٩٠/١/٩، المجموعة، ١/٣٥/ص ٧٤٦.

ب- لا يلــزم تقديم الضــمان النهائي في حالة الــشراء المباشر ما لم تــر الجهة الحكومية المتعاقدة ضرورة إلى ذلك، وتعفى من تقديم الضمان النهائي الجهات الخاضعة لأحكام هذا النظام والمؤسســات العامة والشركات التي تساهم الحكومة فيها بنسبة لا تقل عن (٥١٪) واحد وخمســين في المائة من رأس مالها، والجمعيات الخيرية والجمعيات ذات النفع العام بشرط تنفيذها الأعمال بنفسها.

ج- يجــب الاحتفــاظ بالضمان النهائي حتى ينفذ المتعاقد التزاماته، وفي عقود الأشــغال العامة حتى انتهاء فترة الصيانة وتسلم الأعمال نهائياً.

د- يتم تخفيض الضمان النهائي في العقود ذات التنفيذ المســتمر سـنوياً بحســب تنفيذ الأعــمال، بشرط ألا يقل الضمان عن (٥٪) خمســة في المائة مــن قيمة الأعمال المتبقية من العقد" وقد حددت المادة (٣٤) من النظام أشكال الضمانات المقبولة فنصت على أن "تقبل الضمانات إذا كانت وفق أحد الأشكال التالية:

أ- خطــاب ضــمان بنكي من أحد البنــوك المحلية. ب -خطاب ضــمان بنكي من بنك في الخارج يقدم بوســاطة أحد البنوك المحلية العاملــة في المملكة. ج -تأمين نقدي إلى جانب الضمان البنكي في الحالات الخاصة بتأمين الإعاشة أو التي تتطلب تأميناً عاجلاً بما لا يتجاوز تكلفة الإعاشة أو الأعمال لمدة ثلاثة أيام».

وفي تفاصيل هاتين المادتين جاءت اللائحة في مادتها (٥١) بالنص على أنه «يجب الالتزام بالمدة المحددة لتقديم الضمان النهائي المشــار إليها في المادة (الثالثة والثلاثين فقرة / أ) من النظــام . ولا يلــزم تقديم الضمان النهائي إذا قام المتعاقد بتوريد جميع الأصناف التي رســا عليه توريدها، وقبلتها الجهــة الحكومية نهائياً خلال المدة المحددة لإيداع الضمان النهائي، أو قام بتوريد جزء منها وقبل هذا الجزء وكان ثمنه يكفي لتغطية قيمة الضمان النهائي، على ألا يصرف ما يغطي قيمة الضمان إلا بعد تنفيذ المتعاقد لالتزاماته.

ب- تمدد مدة سريان الضمان النهائي في عقود الأشغال العامة إذا تأخر المتعاقد في تنفيذ أعمال الصيانة والضمان، بعد انتهاء سنة الضمان، المشار إليها في المادة (السابعة بعد المئة) من هذه اللائحة.

ج- لا يلزم مطالبة المتعاقد بتقديم ضمان نهائي في حالة تكليفه بأعمال إضافية».

واســتكمالاً لذلك جاءت المادة (٥٥) من اللائحة تحت عنوان أحكام عامة في الضمانات فنصت على أنه:

«أ- إذا قدم الضمان من بنك أجنبي بوســاطة أحد البنوك المحلية، وفقاً لما أشــارت إليه المــادة (الرابعة والثلاثون فقرة / ب) من النظام، يجب عــلى الجهة الحكومية التأكيد على البنــك المحلي بالالتزام بــشروط وقواعد الضمانات البنكية المحــددة بموجب النظام وهذه اللائحة.

ب- يجــوز أن يقدم الضمان من عدة بنوك، يلتزم بموجبه كل بنك بأداء نســبة محددة من قيمة الضمان.

ج- يكون الضمان واجب الدفع عند أول طلب من جانب الجهة الحكومية، دون حاجة إلى حكم قضائي أو قرار من هيئة تحكيم.

د- يجــب أن يكون الضمان غير مشروط، وغير قابل للإلغاء، وتكون قيمته خالية من أي خصومات تتعلق بالضرائب، أو الرسوم، أو النفقات الأخرى.

هـ- يجــب أن يكون لدى الجهة الحكومية ســجلات خاصة لمراقبــة الضمانات المقدمة مــن المتعاقدين معهــا، ومتابعة إجراءات طلب تمديــد سريانها، أو مصادرتهــا، أو الإفراج عنها»[٣٠٥].

---

(٣٠٥)- وعلى هذه التفاصيل نص عقد الاشغال في المادة (٩) منه والتي نصت على أنه:

«أولاً – على المقاول خلال مدة عشرة أيام من تاريخ تبليغه بقبول عطائه بموجب خطاب مسجل أن يقدم لصاحب العمل ضماناً بواقع خمسة في المائة (٥٪) من قيمة العطاء كتأمين لتنفيذ العقد ويجوز لصاحب العمل منح المقاول مهلة إضافية قدرها عشرة أيام من تاريخ انتهاء الفترة المشــار إليهــا آنفاً .ويجب أن يكون هذا الضمان غير قابل للإلغاء ونافذاً طوال مدة العقد وحتى التسليم النهائي.

ثانياً- وبموجب ذلك قدم المقاول/خطاب ضمان صادر من:

بــرقم وتاريــخ / / ١٤٠هـ الموافق / / ١٩م بمبلغ ( ) ريال وذلك عن ٥٪ من قيمة العملية ولمــدة ( ) شهراً .

وذلــك وفقاً لشروط المناقصة ومحاضر لجنة المناقصات المتخذة بذلك الخصوص وقد تضمن خطاب الضمان المشــار إليه أن يكون المبلغ مستحق الدفع للوزارة نقداً بموجب إخطار كتابي موجه للبنك، وأن يحفظ الضمان بالجهة المختصة بالوزارة حتى انتهاء الغرض الذي قدم من أجله.

ويجب أن يكون الضمان بالشــكل الذي حدده النظام ووفق الصيغة التي يتفق عليها بين كل من وزارة المالية والاقتصاد الوطني ومؤسسة النقد العربي السعودي.

ثالثــاً– إذا لم يقدم المقاول صاحب العطاء المقبول الضمان المطلوب كان لصاحب العمل الخيار بين ســحب قبوله للعطاء

وأخيراً جاءت المادة (٥٦) من اللائحة للنص على أن:

«أ – تطبق أحكام الضمانات ونماذجها وشروطها المشار إليها في النظام وفي هذه اللائحة، على كافة الضمانات التي تطلبها الجهات الحكومية تطبيقاً لأحكامهما، بما في ذلك الضمانات المطلوبة في المزايدات العامة لبيع المنقولات، أو تأجير العقارات الحكومية واستثمارها، وذلك فيما لم ينظم بنص خاص.

ب- يتم التقيد بنماذج وصيغ الضمانات البنكية المعتمدة من وزارة المالية، وفقاً لأحكام النظام وهذه اللائحة».

أما فيما يتعلق بضوابط التأمين النقدي الذي نصت عليه المادة (٣٤/ج) من النظام فقد حددت ضوابطه المادة (٥٧) من اللائحة بالنص على أنه «يقدم التأمين النقدي المشار إليه في المادة (الرابعة والثلاثين فقرة /ج) من النظام، وفقاً للضوابط التالية:

أ - يسلم مبلغ التأمين النقدي لأمين الصندوق في الجهة مقابل سند بالمبلغ.

ب- لا تدخل هذه المبالغ في حساب الصندوق، أو السجلات المالية، وتكون جاهزة عند طلب لجنة الإشراف على تنفيذ الأعمال، ويتم الصرف من قبل اللجنة بعد اعتماد مدير الإدارة في الجهة المستفيدة من العقد .

ج- تقوم الجهة بإخطار المتعاقد ليعوض ما يصرف من المبلغ فوراً، فإن تأخر يحسم المبلغ من مستحقاته.

د - لا يجوز استخدام التأمين النقدي أو مصادرته لأغراض أخرى غير ما خصص له.

هـ- يعاد التأمين النقدي أو ما بقي منه للمتعاقد بعد انتهاء تنفيذ العقد، بموجب السند المسلم للمتعاقد.

و - يجوز أن يودع مبلغ التأمين النقدي بحساب لدى مؤسسة النقد العربي السعودي، أو في أحد البنوك، وفقاً للتعليمات المالية للميزانية والحسابات.

ومصادرة الضمان المؤقت، أو تنفيذ العمل على حساب المقاول وفقاً لما هو منصوص عليه في المادة (٥٣) من هذه الشروط وذلك دون حاجة إلى تنبيه أو إخطار، ودون إخلال بحق صاحب العمل في الرجوع على المقاول بالتعويض اللازم عن الأضرار والخسائر التي قد تلحق به من جراء ذلك».

٣-تسلم موقع العمل حيث نصت المادة (٣٠/ب) من النظام على أنه «ب- يسلم موقع العمل للمتعاقد خلال ستين يوماً من تاريخ اعتماد الترسية».

وقـد فصلت اللائحة الأحكام المتعلقة بتسـلم الموقع فنصت المـادة (٤٥) منها على أنه «أ - يسـلم موقع العمل في عقود الأشغال العامة خلال المدة المشار إليها في المادة (الثلاثين فقرة / ب) من النظام.

ب- يسلم موقع العمل في عقود الخدمات ذات التنفيذ المستمر التي يحتاج بدء العمل فيها إلى التجهيز لاسـتمرار تقديم الخدمة وعدم انقطاعها (تسـليماً أولياً) قبل انتهاء مدة العقـد القائم، لتمكين المتعاقد من التحضير والتجهيز للأعمال بالتنسـيق مع متعهد العقد القائم. ثم يسلم الموقع للبدء في تنفيذ العقد بعد انتهاء العقد السابق».

وعلى الآثار المترتبة على عدم تسـلم الموقع أو التباطؤ في تسـلمه نصت المادة (٤٦) من اللائحة على أنه «إذا تأخر أو تباطأ أو امتنع المتعاقد عن استلام موقع العمل في عقود الأشغال العامة، يتم إنذاره بخطاب مسـجل، فإذا لم يسـتلم الموقع خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطاره بالإنذار، تعد الجهة محضر تسليم حكمي للموقع، ويبلغ به المتعاقد مع إنذاره للبدء في التنفيذ خلال خمسـة عشر يوماً من تاريخ إخطاره بذلك، فإذا انقضت هذه المدة ولم يبدأ في العمل، جاز سحب الأعمال منه، وفقاً لأحكام المادة (الثالثة والخمسين) من النظام.

ب - إذا احتـج المتعاقد بوجود عوائق تمنعه من اسـتلام موقع العمل، ولم تقتنع الجهة بذلك، فليس له الحق برفض الاسـتلام، وإذا كان له تحفظات تجاه الموقع يقوم بتدوينها في محضر تسليم الموقع.

ج- إذا تأخر المتعاقد عن اسـتلام موقع العمل في عقود الخدمات ذات التنفيذ المستمر يتم إنذاره بذلك فإذا لم يسـتلم الموقع خلال خمسـة عشر يوماً من تاريخ إشعاره بالإنذار تسحب الأعمال وفقاً لأحكام المادة (الثالثة والخمسين) من النظام».

بالإجراءات الفائتة تكون المناقصة إجرائياً قد انتهت وتنتهي بها علاقة العملية التعاقدية بالقـرارات المنفصلة. لتبـدأ مرحلة جديدة من مراحل العمليـة التعاقدية وهي ذات الأثر المهم في هذا المجال.

غير أنه يبقى التســاؤل عن مدى إلزامية الجهة الحكوميــة بإتمام تلك المراحل، وبمعنى آخر هل يجوز إلغاء المنافسة في أي من مراحلها ابتداء من الإعلان وانتهاء بقرار الترسية، لا شــك أنه إذا كان من حق الجهة إنهاء العقد بعد إتمامه فمن باب أولى إلغاء المنافســة قبل إبرامه.

وقد أعدت الإجابة نظاماً على هذا التساؤل المادة (٢٥) من النظام بالنص على أنه «مع مراعاة ما ورد في المادتين (الحادية والعشرين) و(الرابعة والعشرين) من هذا النظام:

أ-لا يجــوز إلغاء المنافســــة إلا للمصلحة العامة، أو لمخالفــة إجراءاتها أحكام النظام، أو لوجود أخطــاء جوهرية مؤثرة في الشروط أو المواصفات، وتكون صلاحية الإلغاء للوزير المختص أو رئيس الدائرة المستقلة.

ب -ترد لأصحاب العروض قيمة وثائق المنافســة في حالة الإلغاء لأســباب تعود للجهة الحكومية».

على أنه «لا تعاد قيمة أوراق المنافسة إذا كان الإلغاء بعد فتح المظاريف، إلا لمن تقدم بعرضه للمنافسة، وفي كل الأحوال لا تعاد القيمة للمتنافس إلا بعد إعادته المستندات التي اشتراها»[٣٠٦].

وتحليلاً لهذا النص الذي بدأ صياغته بالقول «لا يجوز إلغاء المنافسة إلا..» فهذه الصياغة تشير إلى ان الأصل هو إتمام المنافسة والإلغاء هو الاستثناء، لأن المفترض أن الجهة الحكومية ما أعلنت عن المنافســة إلا لحاجة حقيقية وضرورية لتســيير المرفق العام، وأنها قد قامت بكافــة الالتزامات الملقاة على عاتقها لتحقيق إتمام المنافســة، بمــا ينقيها من الأخطاء التي أشــارت اليها المادة المذكورة، وإذا كان إتمام المناقصة هو الأصل وأن الإلغاء هو الاســتثناء، فإنه كما هو معروف أن الاستثناء يكون محدداً فقط وفقاً لما نص عليه النظام، وذلك حتى لا تتسرع الجهات الحكومية في إلغاء المناقصة بما قد يهدد المصلحة العامة.

وتبيانــاً لهــذه الحالات، فإن المادة (٢١) من النظام التي أشــارت إليهــا المادة المذكورة تتضمن حالة ارتفاع العروض عن أسعار السوق بشكل ظاهر، ولم يتم التوصل بعد التفاوض

(٣٠٦) - الفقرة (ب) من المادة ٣٩ من اللائحة.

إلى السـعر المحـدد، أو إذا زادت قيمة العروض عن المبالـغ المعتمدة للمشروع وكان إلغاء بعض البنود أو تخفيضها يؤثر على الانتفاع بالمشروع أو يؤدي إلى إعادة ترتيب العروض.

أمـا المادة (٢٤) فهي المعنية بحالة العرض الوحيد، فإنه تلغى المناقصة حال عدم توافر الشروط المتطلبة نظاماً لقبوله.

أمـا المقصود بالمصلحة العامة فهي صورة كلية تسـتوعب تحتهـا كافة الصور التي يمكن أن تؤثر سلباً على المصلحة العامة مالياً أو وفنياً أو إجرائياً أو غيرها من الصور التي تنتفي فيها المصلحة الشـخصية، لذلك فإن ما أتي بعدها ليس قسيماً لها وإنما هو صورة من صورها، ويكون إيراده من باب التفصيل بعد الإجمال، ولذلك فإن مخالفة إجراءات المناقصـة لأحـكام النظام هو صورة من الصور المؤثرة سـلباً عـلى المصلحة العامة لأن إجـراءات النظام ما وضعت إلا لتحقيق الصالـح العام وليس مصلحة الجهة أو لمصلحة المتعاملـين معها، غير أنه يجب أن تكون تلك المخالفات مؤثرة على المصلحة العامة، أما إذا كانت إجراءات لتنظيم العمل داخل الجهة، فإنه في هذه الحالة أرى انها لا تستوجب الإلغـاء، ويكون الإلغاء في هذه الحالة هو الذي يتعدى عـلى المصلحة العامة، لذا أرى أن تكـون المخالفة للإجراءات جوهرية وهـي التي تناقض مع المصلحة العامة والمبادئ التي تقوم عليها العقود الإدارية، كما النص حال الأخطاء في الشروط أو المواصفات فقد اشـترط النص أن تكون جوهرية، والتي بالضرورة ستؤثر سلباً على المصلحة العامة فإذن كل مـا يمكن أن تتأثر به المصلحة العامة سـلباً يكون داخلاً في صـورة المصلحة العامة ويكـون كافياً لإلغاء المناقصة، وتقدير ذلك يعود لسـلطة الإدارة التقديرية ولكن تحت رقابة القضاء.

ويترتب على إلغاء المناقصة ما نصت عليه المادة (٣٩) من النظام أن

«أ- تعاد قيمة أوراق المنافسة إلى أصحاب العروض إذا ألغيت المنافسة لسبب يرجع إلى الجهة الحكومية، وذلك كما لو ألغيت المنافسـة للمصلحة العامة قبل الترسـية، أو لمخالفة إجراءاتها لأحـكام النظام، أو لوجود أخطاء في الشروط والمواصفات، وكذلك إذا رأت الجهة ارتفاع الأسعار المقدمة، أو تجاوزها الاعتماد المخصص للمشروع.

ب- لا تعـاد قيمـة أوراق المنافسـة إذا كان الإلغاء بعد فتح المظاريـف، إلا لمن تقدم بعرضه للمنافسة، وفي كل الأحوال لا تعاد القيمة للمتنافس إلا بعد إعادته المستندات التي اشتراها».

ثالثاً: إبرام العقد:

بصدور قرار الترسـية ووصوله إلى علم المتنافس يعتبر العقد قد أبرم قانوناً باتفاق إرادتي الطرفـين[٣٠٧]، ومـن ثم تأتي مرحلة رصد هذا الاتفاق في صورتـه العقدية المكتوبة ولا يكون ذلك إلا بعد تقديم الضمان النهائي وتصاغ العقود باللغة العربية وذلك وفقاً لما حددته المادة (٢٧) مـن النظام والتي نصت عـلى أن «تصاغ العقود ووثائقهـا وملحقاتها باللغة العربية، ويجـوز اسـتخدام لغة أخـرى إلى جانب العربية، عـلى أن تكون اللغـة العربية هي اللغة المعتمدة في تفسير العقد وتنفيذه وتحديد مواصفاته ومخططاته والمراسلات المتعلقة به».

غـير أنه يجوز للجهـات الحكومية وفقاً للـمادة (٣١) من النظام الاكتفـاء بالمكاتبات المتبادلة بدلاً من تحرير العقد إذا كانت قيمة العقد ثلاثمائة ألف ريال فأقل.

هذا وتنفيذاً لمقتضى المادة (٢٩) من النظام يجب أن تلتزم الجهات الحكومية عند إعداد عقودها باستخدام نماذج العقود التي تعتمد وفقاً لهذا النظام.

وأيضـاً وقبل توقيع بعض مـن العقود وفقاً لقيمة معينة يلزم مراجعتها من وزارة المالية حيـث نصت المـادة (٣٢) من النظـام على أن «تلتـزم جميع الجهات والمصالـح والهيئات والمؤسسات الحكومية بعرض عقودها التي تزيد مدة تنفيذها على سنة وتبلغ قيمتها خمسة ملايين ريال فأكثر على وزارة المالية لمراجعتها قبل توقيعها، وعلى وزارة المالية إنهاء المراجعة خلال أسبوعين من تاريخ ورود العقد، فإن لم ترد الوزارة خلال هذه المدة عدت موافقة».

هـذا ويجـب أن تراعى المـدد المتعلقة بالتنفيـذ بالنص عليها في العقـد حيث نصت المادة(٢٨) من النظام على أن

(٣٠٧) دليـل ذلـك نظاماً ما نصت عليه المـادة (٤٣) من اللائحة أنه «- بعد تقديم الضـمان النهائي تحدد الجهة موعداً لتوقيـع العقد، فإذا تأخر المتعاقد عن الموعد المحدد دون عذر مقبول، يتم إنذاره بخطاب مسـجل، فإذا لم يحضر لتوقيع العقد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطاره بالإنذار، يتم سحب العمل منه، وفقاً لأحكام المادة (الثالثة والخمسين) من النظام. «وسنزيد إن شاء الله تعالى الأمر إيضاحاً فيما بعد ..

«أ - لا تتجــاوز مدة تنفيذ عقــود الخدمات ذات التنفيذ المســتمر، كالصيانة والنظافة والتشغيل والإعاشة، خمس سنوات، ويجوز زيادة هذه المدة للعقود التي تتطلب ذلك بعد موافقة وزارة المالية.

ب - يجب في عقود مشــاريع الأشــغال العامة أن تتناســب المــدة المحددة لتنفيذ المشروع مع كمية الأعمال وطبيعتها، ومع الاعتمادات الســنوية المخصصة للصرف على المشروع».

وهــو مــا أكدته اللائحة في المادة (٤٢) منها بالنص على أنه «أ- يجب أن تتناســب مدد تنفيذ عقود الخدمات ذات التنفيذ المستمر مع التكاليف المعتمدة للعقد في الميزانية، على ألا تتجاوز مدة العقد خمس ســنوات، وفقاً لأحكام المادة (الثامنة والعشرين فقرة / أ) من النظام.

ب- يتم الاتفاق المســبق مع وزارة المالية لمــا يتطلب تنفيذه من العقود مدة تزيد عن خمس سنوات.

ج- تســتبعد فترة الإجازة الصيفية في عقود النظافــة والصيانة والخدمات الأخرى، لدى الجهــات التعليمية وما ماثلها، وتخفض أعداد العمالة وعناصر العقد غير اللازمة، إذا كانت تلك الجهات تزاول نشاطاً محدوداً خلال تلك الفترة».

وأخيراً تلتزم حسبما نصت عليه المادة(٤٣/ب) من اللائحة بأن «تحدد الجهة الحكومية في عقودها شروط ومدة سريان (وثيقة التأمين) والموعد المحدد لتقديمها، وذلك فيما يشترط فيه من العقود إجراء التأمين».

وتحرر العقود كما أشــارت المادة (٤٤) من اللائحة «من أربع نســخ على الأقل، نســخة للمتعاقد، ونسخة للمشرف على التنفيذ، ونسخة للإدارة المختصة بالمحاسبة، ونسخة لديوان المراقبة العامة».

غير أن كتابة العقود ليســت شرطاً لصحتها حيث استقر القضاء السعودي والمصري على أن العقد ينعقد بوصول قرار الترسية إلى علم من رسى عليه العطاء، إذ به يتلاقى القبول مع الإيجاب، وعليه فإن كتابة العقد تعد وســيلة للإثبات وضماناً إجرائياً لعلم الجهات المعنية

به، غير أنه لا يترتب على تخلف بطلان العقد.

حيــث قضى الديوان بأنــه «وإن كان العقد في الحقيقة قد تم بتلاقي الإيجاب والقبول بــين المدعــي والمدعى عليها .. ولا يغير من ذلــك أن الإدارة لم تبرم عقــداً مكتوباً .. إذ إن كتابــة العقــد زيادة توثيق وأمــا العقد حقيقة فقد تم، وذلك أن العقــد عند الفقهاء هو تلاقــي الإيجاب بالقبول على نحو ينتج أثره في المعقود عليه وهو ما نجده متوافراً في هذه الدعوى»(٣٠٨).

وقضى الديوان أيضاً بأن «عرض الأســعار في العقود الإدارية يأخذ حكم الإيجاب في عقد البيــع، موافقة جهــة الإدارة على عرض المقــاول يأخذ حكم القبول، انعقــاد العقد بتلاقي إيجــاب المقــاول مع قبول جهــة الإدارة لا يغير مــن ذلك عدم تحرير العقــد، لأن الدعوة للمنافســة والإيجاب والقبول ومــا يتضمنانه من شروط بين الطرفــين تقوم مجتمعة مقام العقد، امتناع المدعي عن توقيع العقد وتسلم الموقع على الرغم من إنذاره يوجب مسؤوليته العقدية ، بيان ذلك قيام الجهة الإدارية بسحب العقد وتنفيذه على حسابه ومطالبته بفرق التنفيذ»(٣٠٩).

وقــضى كذلك بأنه «وحيــث إن الراجح من أقوال أهل العلــم أن العقد ينعقد بكل ما دل عليه كما رجح شــيخ الإسلام ابن تيمية وسماحة الشيخ ابن عثيمين رحمه الله وغيرهم، وحيث إن تحرير العقد وكتابته ليست إلا توثيقاً له كما قرر أهل العلم مما تلجأ معه الدائرة في اعتبار جميع ما ذكر من الأدلة على استمرارية العقد»(٣١٠). وفي حكم آخر قضى أيضاً بأنه «ولمــا كانت العبرة في العقــود بالاتفاق المبرم بين طرفيها والنية المشــتركة لهما التي تلاقت

(٣٠٨) راجــع حكــم الدائرة الفرعية رقم ٣١/د/ف/٣٥ لعام ١٤٢٧هـ في القضيــة رقم، ٥٠٧٩ /١/ق لعام ١٤٢٥هـ المؤيد مــن هيئة التدقيق بالحكم رقــم، ٤٧٧/ت/١ لعام ١٤٢٧ هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٢٧هـ مرجع ســابق، ج٥، ص٢٥٠٩-٢٥١١.

(٣٠٩) راجــع حكم الدائرة الإدارية رقم ١٠٦/د/إ/١١ لعام ١٤٢٦هـ في القضية رقم ٣٤٦١ /١/ق لعام ١٤٢٤هـ المؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم ٢٧٣/ت/١لعام ١٤٢٧هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٢٧هـ مرجع سابق، ج٥ ص٢٢٥٨.

(٣١٠) راجع حكم الدائرة الإدارية، الحكم رقم ٥٣/د/إ/١٨ لعام ١٤٢٨هـ في القضية رقم، ٩٢٩ /٤/ق لعام ١٤٢٦هـ المؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم، ٥٧٠/ت/١ لعام ١٤٢٨هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٢٨هـ مرجع سابق، ج٦، ص٢٧٠٧.

عليهــا إرادتهما فإن عدم كتابة العقد وتفريغه في شــكل كتــابي لا يعني عدم التعاقد»[٣١١].
وكذلــك قضى بأنه «بالنظر إلى مطالبة الجهة المدعى عليها بصرف باقي مســتحقات العقد والمقدرة بأكثر من خمسة ملايين ريال، ولما كان العقد شريعة المتعاقدين ولما لم يكن هناك أي عقد مكتوب بين طرفي الدعوى يمكن للدائرة أن تستند عليه في النزاع بين طرفي الدعوى، وكان إنشــاء (...) انما كان عــن طريق التعميد[٣١٢] مباشرة نتيجة الثقــة المتبادلة بين طرفي العقد وذلك نتيجة لتعاملات سابقة ... ولما كان لا يوجد أي اتفاق بين الطرفين لا من حيث التعاقد ولا من حيث بنود الأسعار فإن المرجع حينئذ إلى المحضر وخطاب المدعي الذي أقر بما يستحقه..»[٣١٣].

وأخــيراً في هذا العرض فقــد قضى الديوان بأن «العرض في العقــود الإدارية يأخذ حكم الإيجــاب في عقد البيع، ثم صدرت موافقة المدعــى عليها بتعميد المدعية بالتوريد وهو ما يــدل على القبول منهــا خلال المدة المحددة بإيجاب المدعي ... مــا يدل على أن العقد بين الطرفين قد تم إبرامه واستكمل شروطه وأركانه سوى أن العقد لم يكن محرراً تحريراً نهائياً، إلا أن الدعوة للمنافســة وشروط المنافســة والإيجاب والقبول وما يتضمنانه من شروط بين الطرفين تقوم مقام العقد النهائي»[٣١٤].

---

(٣١١) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ٦/د/إ/١١ لعام ١٤٢٩هـ في القضية رقم ٢/٢٥٠٧/ق لعام ١٤٢٦هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٤٠٣/إس لعام ١٤٢٩هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٣٠هـ مرجع سابق، ص٢٦١٦.

(٣١٢) التعميد هو قرار بإسناد العملية التعاقدية لشخص معين، ويستعمل كثيراً في عمليات الشراء المباشر، وقد يستخدم أيضاً لتكليف المتعاقد بالأعمال الإضافية.

(٣١٣) راجــع حكم المحكمة الإدارية رقم ٢٦٩/د/إ/٨ لعام ١٤٣١هـ في القضية رقم ١/٧١٧٢/ق لعام ١٤٢٩هـ المؤيد من محكمة الاســتئناف الإدارية بالحكــم رقم ٤/٣٣١ لعام ١٤٣٣هـ في قضية الاســتئناف رقم ٢٥٢٧/ق لعام ١٤٣٢هـ (حكم غير منشور).

(٣١٤) راجع حكم الدائرة الإدارية رقم ١٠٦/د/إ/١١ لعام ١٤٢٦ هـ في القضية رقم ١/٣٤٦١/ق لعام ١٤٢٤هـ المؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم ٢٧٣/ت/١/لعام ١٤٢٧هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٢٧هـ مرجع سابق، ج٥، ص ٢٢٦٤.

المبحث الثاني

المزايدة العامة:

المزايدة العامة هي الشــطر الثاني الذي به تكتمل مع المناقصة وحدة المنافســة العامة، ولذلك فهي تتشــابه إلى حد كبير مع المناقصة العامــة في المبادئ والإجراءات المتعلقة بكل منهما.

والمزايدة العامة كما يبين من مســماها هي أســلوب تتخذه الجهــة الحكومية في طرح ممتلكاتها بيعاً أو تأجيراً أو استثماراً للحصول على أعلى الأسعار وفقاً للشروط والمواصفات.

إنه إذا كانت المناقصة تســعى الدولة من خلالها إلى تنفيذ أعمالها وتحصيل مشــترياتها بأقل الأســعار، فإنه على خلاف ذلك في المزايدة تسعى الدولة إلى الحصول على أعلى الأسعار لبيع أو استئجار ممتلكاتها، وهو منطق طبيعي ليس خاصاً بالدولة وحدها، وإنما يحكم كافة المعاملات الخاصة والعامة عندما تتماثل الشروط المواصفات المطلوبة في العروض المقدمة.

وعلى ذلك فإنه سيتم تناول المزايدة العامة من خلال عمليات البيع والإيجار والاستئجار، وذلك اعتماداً على نظام المنافســات ولائحته التنفيذية، ونظام التصرف في العقارات البلدية ولائحة التصرف في العقارات البلدية، وذلك وفقاً للتقسيم التالي:

المطلب الأول:

البيع بالمزايدة:

تتحد بشــكل عام طريقة البيع التي تقوم بها الجهات الحكومية والبلديات في اتخاذها شكل المزايدة مهما تعددت صور هذا البيع أي سواءً كانت منقولات أم عقارات، وذلك كما يلي:

أولاً: بيع المنقولات الحكومية:

قــد تجد بعض الجهــات الحكومية أنه لا حاجــة لديها لبعض المنقــولات التي تملكها، وحفاظاً على المال العام كما أشرت سابقاً فقد أتاح النظام السعودي لهذه الجهات بيع تلك

المنقــولات فقد نصت المادة (٥٥) من النظــام على أنه «يجوز للجهة الحكومية التنازل عما تســتغني عنه من منقولات إلى الجهات الحكومية والجهــات التدريبية التابعة لها على أن تشــعر وزارة المالية بذلك. وتحيط الجهة المالكــة للمنقولات الجهات الحكومية في المنطقة التــي تقع فيها بأنواع الأصناف وكمياتها، وتحدد لها مــدة للإفصاح عن رغبتها فيها، فإن لم ترد خلال تلك المدة جاز لها بيعها عن طريق المزايـدة العامـة إذا بلغت قيمتها التقديريـة مائتــي ألف ريــال فأكثر، ويعلن عنها طبقاً لقواعد الإعلان عن المنافســات العامة». أما إذا قلــت القيمــة التقديرية للأصناف عن مائتي ألف ريال فإنه وفقــاً للمادة (٥٦) من النظام فــإن الجهــة الحكومية تختار طريقة بيعها بالمزايدة العامــة أو بالطريقة التي تراها الجهة الحكومية محققة للمصلحة العامة بشرط أن تتيح المجال لأكبر عدد من المزايدين.

أ- الإجراءات التي تسبق الإعلان:

في حالــة اتجاه الجهــة الحكومية لبيع المنقولات عن طريق المزايدة، فإن اللائحة في المادة (١١٦) منها تلزم الجهة الحكومية بتكوين «لجنة لا يقل عدد أعضائها عن ثلاثة، لتقدير قيمة الأصنــاف والمنقولات المراد بيعها، على أن يراعى في التقدير حالة الأصناف وتكلفتها وعمرها الافتراضي وغير ذلك من العناصر المؤثرة في تقدير الثمن، ويجوز الاســتعانة بجهة تســعير لها خبرة في مجال الأصناف المراد بيعها، إذا لم يتوافر لدى الجهة الحكومية الخبرة الكافية» ووفقاً للمادة (١١٧) منها «توضع الأسعار التقديرية في مظروف مختوم، ولا يفتح إلا من قبل رئيس لجنة البيع بحضور أعضائها، وذلك بعد فتح مظاريف المزايدة، أو انتهاء المزاد العلني».

ب- الإعلان عن المزايدة:

تقوم الجهة بالإعلان عن المزايدة وفقاً للإعلان عن المنافسة العامة وهي ذات الإجراءات التــي تمت الاشــارة إليها عند تناول الإعلان عن المناقصة، فــإذا لم يتقدم أحد للمزايدة بعد الإعــلان فإنه يعاد الإعــلان مرة أخرى حيث نصت المادة (٥٨) مــن النظام على أنه «إن لم يتقــدم أحــد للمزايدة بعد الإعلان عنهــا، يعلن عنها مرة أخرى. فــإن لم يتقدم أحد للمرة الثانيــة، فلصاحب الصلاحية الحــق في دعوة مختصين في مجال الأصناف المراد بيعها وعرض بيعها عليهم. فإن لم يتم تقديم سـعر مناسـب، جاز منحها للجمعيات الخيرية أو الجمعيات ذات النفع العام. على أن تشعر وزارة المالية بذلك».

ج- تقديم العروض:

قد تكــون المزايدة علنية، وقد تكون المزايدة سرية، وفي هذه الأخيرة تكون المزايدة عن طريــق مظاريــف مختومة ويقدم المزايــد مع عرضه وفق المادة (٥٧) مــن النظام «ضماناً ابتدائيــاً قدره (٢٪) اثنــان في المائة من قيمة العرض. وعلى من ترســو عليه المزايدة زيادة ضمان إلى (٥٪) خمســة في المائة، ولا يفرج عنه إلا بعد تسديد كامل القيمة ونقل الأصناف التي اشــتراها. ويعاد الضــمان إلى من لم يرسُ عليه المزاد. وإن كانــت المزايدة علنية يقدم من ترســو عليه المزايدة ضماناً بواقع (٥٪) خمسة في المائة من قيمتها. ويجوز قبول الشيك المصرفي أو المبلغ النقدي ضمانات في المزايدة العلنية».

د- إجراء المزايدة:

تقــوم الجهــة الحكومية وفقاً للــمادة (١١٨) من اللائحة بتكوين لجنــة واحدة لإجراء المزايدة فنصت على أن:

«أ- تكون الجهة الحكومية لجنة لا يقل عدد أعضائها عن ثلاثة، لإجراء المزايدة العلنية، أو فتح مظاريف وفحص عروض الأصناف المراد بيعها في المزايدة بواسطة الظروف المختومة.

ب- تتأكد اللجنة من ســلامة المظاريف ووثائــق المزايدة والضمانات المقدمة، ومراجعة الأسعار، وتعلن على الحاضرين من أصحاب العروض أو مندوبيهم أسعار العروض.

ج- تستكمل اللجنة إجراءات المزايدة، وتحديد أفضل العروض المطابقة لشروط المزايدة، وترفع محضرها لصاحب الصلاحية لاعتماد الترسية.

د- إذا كانــت المزايــدة علنية، تعد اللجنة بعد نهاية المــزاد محضراً توضح فيه إجراءات المزايدة وســعر من رســا عليــه المزاد، والضمان المقــدم منه، وترفــع محضرها إلى صاحب الصلاحية لاعتماد الترسية».

هــذا ويجوز في إجــراء المزايدة العلنية وفقاً لنص المادة (١٢٤) من اللائحة «الاســتعانة بالوســطاء المرخص لهم، لإجراء المزايدة العلنية، مقابل عمولة يدفعها المشــتري، لا تتجاوز العمولة المتعارف عليها، وبحد أقصى ٢,٥ ٪ من قيمة المبيعات».

هـ- البت في المزايدة:

تنتهي المزايدة بإرسـائها على المزايد الأعلى سعراً سواءً كانت المزايدة علنية أم سرية أي في ظـروف مغلقة وحـددت المادة (٥٩) من النظام صاحب الصلاحيـة في البت في المزايدة فنصت على أنه «للوزير أو رئيس الدائرة المسـتقلة صلاحية اعتماد ترسية المزايدات العامة في بيع المنقولات. ويجوز له التفويض فيما لا يزيد على مليون ريال على أن يكون التفويض متدرجاً بحس مسؤولية الشخص المفوض» وحددت المادة (١٢١) من اللائحة مدة البت في الترسية فنصت على أنه: «يجب البت في ترسية المزايدة خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً من تاريـخ فتح مظاريف المزايدة، أو انتهاء المزايـدة العلنية، فإذا مضت هذه المدة دون البت في المزايدة، جاز للمتزايد الرجوع في عرضه، واسترداد ضمانه، بموجب خطاب يقدمه للجهة، خلال عشرة أيام من انتهاء المدة المحددة للبت في الترسـية، ومن لم يتقدم خلال هذه المدة يعتبر موافقاً على استمرار عرضه».

هـذا وتبدو ملاحظة أن النظام قد أشـار في المادة (١١٩) من اللائحة بأنه «وفي حالة ما إذا انخفضت أسـعار المزايدة عن الأسـعار التقديرية بنسبة تزيد عن ١٥٪، يعلن عنها مرة أخرى، بعد إعادة تقديرها، فإن لم يتم الحصول على سـعر مناسـب، جاز بيعها أو التصرف فيهـا وفقاً لأحكام المادة (الثامنة والخمسـين) من النظام» وهذه الأخيرة تشـير إلى جواز منحها للجمعيات الخيرية أو الجمعيات ذات النفع العام، على أن تشعر وزارة المالية بذلك.

وتبدو ملاحظة أخرى وهي ما نصت عليه المادة (١٢٠) من اللائحة والتي نصت على أنه «إذا كانت الأصناف أو المنقولات مما يتلف سريعاً بالتخزين، جاز بيعها وفقاً لأحكام المادة (السادسـة والخمسـين) من النظام» وهذه الأخيرة نصت على أن «تباع الأصناف التي تقل قيمتهـا التقديرية عن مائتي ألف ريال؛ إما بالمزايدة العامة، أو بالطريقة التي تراها الجهة محققة لمصلحة الخزينة العامة، بشرط أن تتيح المجال لأكبر عدد من المزايدين».

و- التزامات من رست عليه المزايدة:

تفـرض المزايدة بعد الإرسـاء مجموعة من الالتزامات على عاتق من رسـت عليه، فإن لم يقـم بها، فإنه سـيفقد المزايدة مع ما يترتب على ذلك مـن آثار، وعلى ذلك نصت المادة (١٢٢) من اللائحة أنه «يجب على من ترسـو عليه المزايدة تسديد قيمتها خلال عشرة أيام

من تاريخ إشــعاره باعتماد الترسية، فإن تأخر عن التسديد يتم إنذاره بخطاب مسجل، فإن لم يســدد القيمة خلال خمســة عشر يوماً من تاريخ إخطاره بالإنذار، يصادر ضمانه، ويتم التفاوض مع أصحاب العروض الأخرى بالترتيب، للوصول إلى ســعر من رست عليه المزايدة، فإن لم يتم التوصل إلى هذا السعر، يعاد طرحها من جديد».

وفي حالة ســداده قيمة المزايدة تصبح المنقولات تحت تصرفه لذلك نصت المادة (١٢٣) من اللائحة على أنه «بعد ســداد قيمة الأصناف والمنقولات المباعة يلتزم المشــتري بنقل ما اشــتراه خلال مدة لا تزيد عن خمســة عشر يوماً من تاريخ التســديد، فإن تأخر عن ذلك، يوجه له إنذار بخطاب مســجل لنقلها خلال مدة مماثلة، فإن لم يقم بنقلها، فلا يفرج عن الضــمان المقدم منه حتى يتم نقلهــا، مع جواز الرجوع عليه بأجــرة التخزين. ولا تتحمل الجهة الحكومية مســؤولية ما يحدث للأصنــاف والمنقولات المباعة من فقدان أو تلف بعد انتهاء المهلة المحددة لنقلها».

ثانياً: بيع العقارات:

كــما يمكن بيع المنقولات فإنه أيضاً يمكن بيع العقارات المخصصة للجهات الحكومية أو بيع العقارات التي تملكها البلديات وبيان ذلك فيما يلي:

أ-بيع العقارات المخصصة للجهات الحكومية:

نص قرار مجلس الوزراء رقم ١٥٠ وتاريخ ١٤٢٠/٦/٢٤هـ على جواز بيع الأراضي المملوكة للدولــة المخصصة للجهات الحكومية في حالات معينة وبإجراءات محددة حيث نص القرار على أنه: «أولاً: يجوز بيع الأراضي المملوكة للدولة المخصصة لبعض الجهات الحكومية التي لم تعد صالحة لإقامة مشروعاتها عليها وذلك وفق الإجراءات التالية:

١- تكوين لجنة من وزارة المالية والاقتصاد الوطني والجهة المعنية لحصر تلك الأراضي وتحديد أقيامها التقديرية ووضع الإجراءات التي سيتم اتباعها عند طرح تلك الأراضي للبيع.

٢- يكــون البيع عن طريق المزايدة العامة أو عن طريق إعلان عدد من تجار العقار لا يقل عددهم عن سبعة بتقديم عروضهم داخل ظروف مختومة.

٣- يقوم كل من يشترك في المزاد أو يقدم عرضا وفقاً لما سبق بدفع عربون لا تقل قيمته عن (١٠٪) من قيمة العقار التقديرية بشيك مصرفي باسم وزارة المالية والاقتصاد الوطني.

٤- يتـــم فتح المظاريـــف والبت في العروض من قبل لجنة مكونة من وزارة المالية والاقتصاد الوطني والجهة المعنية.

٥- يوقع عقد بيع مع رسا عليه المزاد أو من تم اختيار عرضه ينص على الآتي:

أ-تقديم شـــيك مصرفي باســـم وزارة المالية والاقتصاد الوطني بما تبقى من قيمة الأرض خلال مدة معينة تحدد في العقد.

ب- في حالـــة عدم الالتـــزام بتنفيذ العقد تقوم اللجنة المشـــار إليها في الفقرة (٤) أعلاه بإلغائه، ويصبح العربون من حق وزارة المالية والاقتصاد الوطني، ويتم التفاوض مع صاحب العرض الذي يليه.

ج- يتم توريد أقيام تلك الأراضي كإيرادات عامة لصالح الخزينة ويرصد مقابلها في ميزانية الجهة المعنية في السنة المالية التي تم التوريد خلالها للصرف منها على مشروعاتها...»

ب- بيع العقارات البلدية:

قد أجازت لائحة التصرف في العقارات البلدية بيع الأراضي المخصصة للسكن وزوائد المنح وزوائـــد التنظيم وزوائد التخطيط فنصت المـــادة (٣) منها على أنه «يجوز بقرار من الوزير بيع الأراضي المخصصة للســـكن وزوائد المنح[٣١٥] وزوائد التنظيـــم[٣١٦] وزوائد التخطيط[٣١٧] وذلك على النحو الآتي:

أولاً: تباع الأراضي البلدية المخططة والمخصصة للسكن عن طريق المزايدة العامة، ويجب ألا تتجاوز مســـاحة القطعة السكنية (٩٠٠) تسعمائة متر مربع، ويجوز لاعتبارات تنظيمية زيادة المساحة المقررة في حدود لا تتجاوز (١٢٠٠) ألفاً ومائتي متر مربع.

ثانياً: يتم التصرف في زوائد المنح وزوائد التنظيم وزوائد التخطيط وفقاً للقواعد الآتية:

١ - يتم تقدير أقيام زوائد المنح وزوائد التنظيم وزوائد التخطيط من قبل لجنة التقدير.

(٣١٥) زوائد المنح: مساحة الأرض المخصصة للممنوح التي تزيد على المساحة المقررة في أمر المنح.

(٣١٦) زوائد التخطيط: مساحة الأرض التي تنشأ من إعادة تنظيم مخططات الأراضي.

(٣١٧) زوائد التنظيم: مساحة الأرض التي تنشأ من إعادة تنظيم مناطق سكنية قائمة.

٢ - تباع زوائد المنح على الأشخاص الذين تخصص لهم أراضٍ وتزيد مساحة تلك الأراضي على المساحة المقررة في أمر المنح ويراعى أن تكون القيمةً بسعر السوق وقت البيع.

٣ - تباع زوائد التنظيم وزوائد التخطيط التي لا تسمح أنظمة البناء بإقامة مبان مستقلة عليها لمالك العقار المجاور لها بسعر السوق وقت البيع.

٤ - تباع زوائد التنظيم وزوائد التخطيط التي تسمح أنظمة البناء بإقامة مبان مستقلة عليها عن طريق المزايدة العامة، إلا إذا كان هناك ضرر على مالك العقار المجاور لها من جراء بيعها على غيره، وفي هذه الحالة تباع على مالك العقار المجاور بسعر السوق وقت البيع شريطة أن يثبت الضرر بمعرفة لجنة فنية من البلدية والإمارة ووزارة المالية والاقتصاد الوطني.

٥ - تباع زوائد التنظيم وزوائد التخطيط التي يتعدد المجاورون المستفيدون منها، عن طريق مزايدة تقتصر عليهم وذلك بعد تعديل خطوط التنظيم.

وهذا وقد حظرت المادة(٤) من تلك اللائحة بيع الأراضي المخططة والمخصصة للسكن الواقعة على شارع تجاري، والأراضي الواقعة على السواحل والشواطئ، ويجوز استثمار هذه الأراضي عن طريق التأجير.

وأخيراً يمكن أن تتصرف البلديات بالمعاوضة بدلاً من البيع وهو ما نصت عليه المادة(٥) من تلك اللائحة بالقول: «يجوز بقرار من الوزير معاوضة عقار تملكه البلدية بعقار مملوك للغير»[٣١٨].

ويكون بيع العقارات البلدية عن طريق المزايدة والتي نصت على أحكامها العامة المادة (١٤) من تلك اللائحة والتي سيرد بيانها تفصيلاً عند تناول أحكام إيجار واستثمار العقارات البلدية.

---

(٣١٨) حددت المادة السادسة من اللائحة القواعد التي يجب مراعاتها في المعاوضة حيث نصت على أنه «يتم التصرف بالمعاوضة وفقاً للقواعد الآتية:

١- يتم تقدير قيمة العقار المعاوض والمعاوض به حسب التعليمات المنظمة لنزع ملكية العقارات للمنفعة العامة.

٢- يجب أن يكون الغرض من المعاوضة هو تحقيق مصلحة عامة من خلال تقديم خدمة أساسية تنموية على أن تكون هذه الخدمة من الخدمات التي تكلف البلدية بتوفيرها.

٣- تكون المعاوضة مع عقار حكومي ولا تتم المعاوضة مع عقار خاص إلا في حالة عدم توافر العقار المطلوب لدى أي جهة حكومية.

٤- عدم توافر اعتمادات مالية لنزع الملكية في وقت حاجة البلدية للعقار.

المطلب الثاني

التأجير والاستثمار:

أجــاز النظام للجهــات الحكومية والبلديــات تأجير ممتلكاتها أو اســتثمارها، والإيجار والاســتثمار بشــكل عام بينهما عموم وخصوص، فإن كل اســتثمار يحمل بين طياته إيجاراً، ولكن ليس كل إيجار كذلك، ونتناول ذلك تفصيلاً في البنود التالية:

أولاً: تأجير واستثمار العقارات التي تملكها الدولة والمخصصة للجهات الحكومية:

قد أجاز النظام كما تمت الاشارة سابقاً للجهات الحكومية تأجير واستثمار عقارتها ولكن وفق ضوابط معينة نتناولها فيما يلي:

أ- الإجراءات التي تسبق المزايدة العامة في التأجير والاستثمار:

عــلى الجهة الحكومية وفقاً للمادة (١٢٧) من اللائحــة قبل الإعلان عن المزايدة العامة أن تقــوم بإعداد وثائق وشروط ومواصفات التأجير أو الاســتثمار، التي ينبغي أن تشــتمل عــلى كافة المعلومات المتعلقة بالمزايدة، كالــشروط العامة للتعاقد، وكميات ونوع الأعمال، والإنشاءات، والتجهيزات المراد إقامتها في الموقع، ومدة الإيجار أو الاستثمار(٣١٩).

وحتى تســتطيع الجهة الحكومية الحكم على الأسعار المقدمة بشكل دقيق يكون عليها تقدير الحد الأدنى للأجرة أو عوائد الاســتثمار وفقاً للأســعار الســائدة، مع مراعاة العناصر المؤثــرة في تقديــر الأجرة أو عوائد الاســتثمار، بموجب محضر تعده لجنــة فنية متخصصة تكونها الجهة لهذا الغرض، لا يقل عدد أعضائها عن ثلاثة، وبمشــاركة عضو من وزارة المالية (مصلحة أملاك الدولة)، ويوضع التقدير في مظروف مختوم، لا يفتح إلا من قبل رئيس لجنة فحص عروض التأجير والاستثمار، بحضور كامل أعضائها(٣٢٠).

ب- الإعلان عن المزايدة:

وفقــاً للمادة (١٢٦) مــن اللائحة «يتم الإعلان عــن التأجير أو الاســتثمار وفقاً لقواعد وإجــراءات الإعلان عن المنافســات العامــة، كما يتم إلى جانب ذلــك دعوة المتخصصين في

---

(٣١٩) راجع المادة ١٢٧ من اللائحة.

(٣٢٠) راجع المادة ١٢٩ من اللائحة.

المجال المطروح للاستثمار، وإبلاغ أمانة مجلس الغرف التجارية الصناعية بذلك، إذا كان من المشاريع الاستثمارية الكبيرة أو ذات التخصص التقني والفني».

هــذ وإذا أعلن عن المزايدة العامة ولم يتقدم إلا عــرض واحد، يعاد الإعلان مرة أخرى، فإن لم يتقدم إلا عرض واحد تستكمل إجراءات الترسية بعد موافقة صاحب الصلاحية[٣٢١].

ج- تقديم العروض:

تقدم عروض الاستئجار أو الاستثمار على الوثائق الأصلية المستلمة من الجهة الحكومية، في ظروف مختومة. ويجب على صاحب العرض اســتكمال كافة شروط التأجير أو الاستثمار المطروحة في المزايدة العامة[٣٢٢].

وما دامت المزايدة بمظاريف مختومة فإن المادة (١٣٣) من اللائحة نصت على أن:

"أ - يقدم مع العرض ضمان بنكي بنســبة (٥٪) من القيمــة الإجمالية للتكاليف الكلية للاســتثمار، وإن كانت العملية تأجيراً دون اســتثمار يكون الضمان بنســبة ١٥٪ من الأجرة السنوية، وترد الضمانات إلى أصحاب العروض غير المقبولة بعد الترسية.

ب- يجوز تخفيض نسبة الضمان البنكي في عقود الاستثمار إلى ١٥٪ من الأجرة السنوية، بعد استكمال التجهيزات الإنشائية".

هذا وقد نصت المادة (١٢٨) من اللائحة على أنه "لا يجوز إبرام عقود التأجير والاستثمار مع الأشخاص الممنوع التعامل معهم وفقاً لأحكام المادة (الثالثة عشرة) من هذه اللائحة".

د- فتح المظاريف وفحص العروض

تكــون الجهة لجنة لا يقل عــدد أعضائها عن ثلاثة إضافة إلى رئيســها، لفتح مظاريف المزايــدات العامة في التأجير والاســتثمار، وتقوم اللجنة بأعمالها وفقــاً للإجراءات المحددة للجنة فتح المظاريف في المنافســات العامة، ويصدر قرار تكوين اللجنة من الوزير المختص أو رئيس الدائرة المستقلة أو من يفوضه، ويعاد تكوين اللجنة كل ثلاث سنوات[٣٢٣].

(٣٢١) راجع المادة ١٣٦ من اللائحة.

(٣٢٢) راجع المادة ١٣٢ من اللائحة.

(٣٢٣) راجع المادة ١٣٤ من اللائحة.

ولفحــص العروض تكون الجهة لجنة لا يقل عدد أعضائها عن ثلاثة إضافة إلى رئيســها الــذي يجــب ألا تقل مرتبته عن (الثانية عــشرة) أو ما يعادلها، لفحــص عروض المزايدات العامة في التأجير والاســتثمار، ويكون من بين أعضائها عضو من وزارة المالية، وتتولى اللجنة فحص وتحليل العروض ورفع توصياتها لصاحب الصلاحية في الترسية.

ويصدر قرار تكوين اللجنة من الوزير المختص أو رئيس الدائرة المستقلة أو من يفوضه، ويعاد تكوين اللجنة كل ثلاث سنوات.

وتقــوم اللجنة بأعمالها وتصدر توصياتها وفقاً للإجراءات المحددة للجنة فحص العروض في المنافسات العامة[٣٢٤].

ولإجراء المزايدة العامة العلنية المفتوحة في التأجير والاستثمار فإنه يجوز للجهة الحكومية إجــراء المزايدة العلنيــة المفتوحة، إما في موقع العقار أو في مقــر الجهة الحكومية، وتكون الجهــة لجنــة لإجراء المزاد لا يقل عدد أعضائها عن ثلاثة على أن يكون من بينهم عضو من وزارة المالية.

وتعــد اللجنة محضراً بإجراءات المزايدة وأعلى ســعر وصل إليــه المزاد، وترفع محضرها إلى لجنة فحص عروض التأجير والاســتثمار، ويجوز قبول المبالغ النقدية أو الشــيك المصرفي ضمانــات في المزايدة العلنية، وتســتكمل إجراءات الترســية وفقاً لأحكام المزايدة بواســطة الظروف المختومة[٣٢٥].

وفي حالة إذا تقدم مســتثمر أو مستأجر بعرض لاســتثمار أو استئجار أحد المواقع التي لم تطرح للاســتثمار، ورأت الجهة مناسبة اســتثمار أو تأجير الموقع، تعلن عن ذلك، وتشعر المتقدم للاســتثمار بتقديم عرضه، وفقاً لشروط المزايدة، فإن لم يتقدم مســتثمرون آخرون، يعاد الإعلان مرة أخرى، فإن لم يتقدم مســتثمرون آخرون للمرة الثانية تســتكمل إجراءات الترسية، بعد موافقة صاحب الصلاحية[٣٢٦].

---

(٣٢٤) راجع المادة ١٣٥ من اللائحة.

(٣٢٥) راجع المادة ١٣٧ من اللائحة.

(٣٢٦) - راجع المادة ١٣٨ من اللائحة.

هـ- سلطة البت في المزايدة:

لا تختلف سلطة البت في المزايدات المتعلقة بالإيجار والاستثمار عنها في بيع المنقولات فقد نصت المادة (٦٣) من النظام على أن «يتم اعتماد ترسية المزايدات العامة في تأجير واستثمار العقارات الحكومية وفقاً لأحكام المادة (التاسعة والخمسين) من هذا النظام» ويجري نص المادة (٥٩) من النظام على أن «للوزير أو رئيس الدائرة المستقلة صلاحية اعتماد ترسية المزايدات العامة في بيع المنقولات، ويجوز له التفويض فيما لا يزيد على مليون ريال، على أن يكون التفويض متدرجاً بحسب مسؤولية الشخص المفوض».

على أنه قبل توقيع العقود يجب وفقاً للمادة (١٤٢) من اللائحة أن "تزود وزارة المالية بنسخة من عقود التأجير أو الاستثمار، التي تبلغ إيراداتها السنوية خمسين ألف ريال فأكثر، قبل توقيعها، لمراجعتها".

ثانياً: إيجار واستثمار العقارات البلدية:

ونتناول أحكام إيجار واستثمار العقارات البلدية من خلال تحديد مشروعية ذلك واللجان المعنية والإجراءات المتبعة حتى قرار الترسية وكذا التزامات وحقوق الأطراف وذلك كما يلي:

نظمت لائحة التصرف في العقارات البلدية الغرض من التأجير وطريقة تنفيذه فنصت المادة الثامنة منها على أن «يكون تأجير العقارات البلدية بغرض ممارسة أنواع النشاط الاستثماري التي تسمح بها الأنظمة والتعليمات، وتحدد المواقع والمساحات اللازمة لهذه الأنواع من النشاط وفق المعايير والأسس التخطيطية لكل مدينة على حدة وفي ضوء احتياجاتها».

ويتم ذلك وفقاً لما حددته المادة السابعة من تلك اللائحة والتي تنص على أنه «يتم تأجير العقارات البلدية عن طريق المزايدة العامة»[٣٢٧].

---

(٣٢٧) استثنت المادة العاشرة والحادية عشرة بعض العقارات من أسلوب المزايدة فنصت الاولى على أنه «يستثنى من التأجير بالمزايدة العامة ما يلي:

١- الأراضي التي تؤجر على الجهات الحكومية، أو الشركات ذات الامتياز العام، أو التي تسهم فيها الدولة، لاستخدامها لأي من تجهيزات الخدمات الأساسية مثل الكهرباء والهاتف والمياه والصرف الصحي.

وبيان إجراءات عملية التأجير والاستثمار كما يلي:

أ- الأحكام العامة للمزايدة:

حددت المادة (١٤) من تلك اللائحة الأحكام العامة للمزايدة فنصت على أنه «يراعى في المزايدة العامة الأحكام الآتية:

١ - ضمان حق الدخول في المزايدة العامة لجميع المستثمرين مع توفير فرص ومعاملة متساوية.

٢ - توفير معلومات كاملة وموحدة عن العقار المطروح في المزايدة العامة وتمكينهم من الحصول على هذه المعلومات في زمن واحد وتحديد ميعاد واحد لتقديم العروض.

٣ - إخطار المتنافسين لمرة واحدة بالمزايدة العامة عن طريق الإعلان في ثلاث صحف محلية على الأقل تكون إحداها الجريدة الرسمية.

٤ -تحديد زمان العروض ومكانها في الإعلان عن المنافسة على أن تكون العروض في مظاريف مختومة لا يجوز فتحها إلا في الميعاد المحدد، وألا تقل المدة الزمنية بين تاريخ الإعلان في الجريدة الرسمية وتاريخ فتح المظاريف عن ثلاثين يوماً.

٥ - تحدد البلدية قيمة كراسة الشروط والمواصفات التي سيتم استيفاؤها من المتنافسين.

٦ - تقديم ضمان بنكي مع العرض بقيمة لا تقل عن إيجار سنة واحدة في حالات الإيجار أو ضمان بنكي يمثل ٥٪ من قيمة العرض في حالات البيع.

---

٢ - وحدات العقار المخصص للنفع العام، ووحدات العقار المخصص للنشاط الخدمي، بشرط عدم تأجيرها من الباطن، وأن يمارس المستأجر النشاط بنفسه.

وفي جميع الأحوال يتم تقدير قيمة إيجار هذه المواقع من قبل لجنة التقدير.

٣- الأراضي المخصصة للمصانع ويتم تقدير قيمة إيجارها من قبل لجنة الاستثمار».

ونصت الثانية على أنه «تستثنى من التأجير بالمزايدة العامة الأراضي المخصصة للحدائق العامة الواقعة في المخططات المملوكة للقطاع الخاص، ويعطى صاحب المخطط حق إنشائها واستثمارها وفقاً للشروط الآتية:

١- أن يتم الإنشاء وفق المواصفات الفنية التي تحددها البلدية.

٢ - أن يباشر بإنشائها خلال فترة لا تتجاوز خمس سنوات من تاريخ اعتماد المخطط ويتم تقدير الأجر من قبل لجنة الاستثمار.

وفي حالة انقضاء هذه المدة دون ممارسة صاحب المخطط حقه، فيتم التصرف في الأراضي بالتأجير عن طريق المزايدة العامة».

وبأحكام خاصة على ذلك نصت المادة (١٢) من اللائحة على أنه «يجوز بقرار من الوزير تأجير بعض العقارات الآتية:

١- الحدائق العامة.

٢- المشاريع المميزة التي تحتاج إلى كفاءة مالية وفنية ودراية خاصة والتي يتم تحديدها بقرار من الوزير بناءً على توصية من الأمين أو رئيس البلدية.

وذلك عن طريق المزايدة العامة من خلال المفاضلة بإحدى الطرق الآتية:

الطريقة الأولى: تثبيت الأجرة التي يتم تقديرها من قبل لجنة الاستثمار وتكون المنافسة فيها على أقل مدة زمنية للإيجار.

الطريقة الثانية: تثبيت المدة الزمنية للإيجار، وتكون المنافسة فيها على الأجرة السنوية فقط.

الطريقة الثالثة: تكون المنافسة فيها على المدة الزمنية للإيجار والأجرة السنوية معاً.

وتحدد طريقة المفاضلة بين العروض في التعليمات التي يصدرها الوزير بهذا الشأن على أن ينص على ذلك في شروط المنافسة عند الإعلان عنها».

ب- تشكيل واختصاصات اللجان:

في هــذه العمليات التعاقدية توجد ثلاث لجان، واحدة للتقدير، وثانية لفتح المظاريف، وثالثة لفحص العطاءات والتي أســمتها اللائحة بلجنة الاســتثمار. وتتشــكل لجنة التقدير وتتحدد مهامها فيما بينته المادة (١٥) من هذه اللائحة والتي نصت على أن:

«١- تشكل لجنة التقدير بقرار من الوزير من ثلاثة أعضاء يمثلون البلدية ووزارة المالية والاقتصاد الوطني والإمارة.

٢- تكــون مهمة هذه اللجنة تقدير أقيام زوائد المنح وزوائد التنظيم وزوائد التخطيط، وتقديــر أجــرة الأراضي التي تؤجر على الجهات الحكومية أو الــشركات ذات الامتياز العام أو التي تســهم فيها الدولة بغرض اســتخدامها لأي من تجهيزات الخدمات الأساســية مثل الكهرباء والهاتــف والمياه والصرف الصحي، وتقدير أجرة وحــدات العقار المخصص للنفع العام ووحدات العقار المخصص للنشاط الخدمي».

وبينت المادة(١٦) تشـكيل ومهام لجنة فتح المظاريف فنصت على أنه «١-تشكل لجنة فتح المظاريف بقرار من الأمين أو رئيس البلدية من ثلاثة موظفين على ألا تقل مرتبة رئيس اللجنة عن الثامنة.

٢- تتولى هذه اللجنة فتح المظاريف في الميعاد والمكان المحددين، وإعلان الأسعار الواردة في العروض أمام المتنافسين أو مندوبيهم وتنظيم محضر بذلك».

وأخيراً عن لجنة الاستثمار نصت المادة(١٧) على أنه:

«١- تشكل لجنة الاستثمار بقرار من الوزير من ثلاثة أعضاء، اثنان يمثلان الوزارة والثالث يمثل وزارة المالية والاقتصاد الوطني.

وتكون اللجنة برئاسة رئيس البلدية أو موظف لا تقل مرتبته عن الثانية عشرة، على أن يكون لكل من الوزارتين عضو احتياطي يحل محل ممثلها عند غيابه.

٢- تتـولى هذه اللجنة تحليـل العروض الخاصة بالمزايدات العامـة المقدمة وفقاً لهذه اللائحة وتقديم التوصية لصاحب الصلاحية بالترسية على العرض الذي تراه مناسباً.

٣- لهذه اللجنة التفاوض مع أصحاب أعلى العروض في أي من الحالتين الآتيتين:

أولاً: إذا اقترن أعلى العروض بتحفظ أو تحفظات.

ثانياً: إذا تساوى عرضان أو أكثر وكانا أعلى العروض.

٤- تتولى هذه اللجنة تقدير وإعادة تقدير قيمة الإيجار حسب الآتي:

أ- تقديـر قيمة إيجار العقارات المسـتثناة من المزايدة العامـة بموجب الفقرة (٣) من المادة (العاشرة) والمادتين (الحادية عشرة) و(الثامنة والعشرين).

ب- إعـادة تقدير قيمة إيجار العقارات التي يرغب المسـتثمر في تمديد عقود إيجارها وفق ما تقضي به الفقرة (٢) من المادة (السادسة والعشرين).

ج- إعادة تقدير قيمة إيجار العقارات المؤجرة قبل صدور هذه اللائحة التي يتم تعديل عقودها وفق ما تقضي به المادة (السابعة والعشرين)»

وأيضــاً يجوز لهذه اللجنة طبقاً للمادة٧/١٤ من اللائحة «التوصية بإلغاء المزايدة العامة في أي من الحالات الثلاث الآتي بيانها:

الأولى: إذا اقتضت المصلحة العامة وقف التصرف بالعقار.

الثانية: إذا تبين للجنة أن جميع العروض المقدمة غير مناسبة.

الثالثة: إذا لم يتم التوصل إلى نتيجة عن طريق المفاوضة مع المتنافسين».

ج- صلاحية الترسية والتعاقد والإلغاء:

حــددت المادة (٢٣) من اللائحة هذه الصلاحية فنصت على أنه «يكون للوزير صلاحية الترســية والتعاقــد والإلغاء الخاصة بتأجير العقارات، وله تفويــض من يراه بهذه الصلاحية باستثناء ما يأتي:

١- الترســية عــن طريق المفاوضة بموجــب الفقرة (٣) من المادة الســابعة عشرة من هذه اللائحة.

٢- إلغاء المزايدة العامة.

كــما نصت المادة (٢٤) عــلى أنه «يجوز إلغاء ترســية المزايدة إذا تأخر المســتثمر عن مراجعة البلدية لإكمال إجراءات التعاقد مدة شــهر من تاريخ إشعاره بالترسية وللبلدية في هذه الحالة مصادرة الضمان المقدم من المستثمر، ويجوز بموافقة الوزير ما يأتي:

١- ترسية المزايدة على العرض الذي يليه بنفس قيمة العرض المستبعد.

٢- إلغــاء المزايدة وإعادة طرحها من جديد». وأيضاً نصــت المادة (٢٥) على أنه «يجوز في حالة استبعاد أعلى العروض لأي سبب بموجب أحكام هذه اللائحة التفاوض مع صاحب العرض الذي يليه بعد موافقة الوزير».

هــذا وتبرم العقود وفقاً للــمادة (٢٩) من اللائحة والتي نصت عــلى أن «تتولى الوزارة إعداد عقد إيجار موحد؛ أنموذج، ليتم التقيد به عند إبرام عقود الإيجار في جميع الأمانات والبلديات».

المبحث الثالث

الشراء المباشر والحالات المستثناة من ضوابط الشراء المباشر والمنافسة العامة:

في هــذا المبحــث نتناول الشراء المباشر والحالات المســتثناة من ضوابــط الشراء المباشر والمنافسة العامة وذلك كما يلي:

المطلب الأول

الشراء المباشر:

يعد الشراء المباشر وسيلة من وسائل الجهات الحكومية في اختيار المتعاقد معها، وسوف نتناول الشراء المباشر من خلال تعريفه وضوابطه والسلطة المختصة بإبرامه وذلك كما يلي:

أولاً: تعريف الشراء المباشر:

يعني الشراء المباشر قيام الســلطة المختصة مباشرة بتأمين حاجياتها من شخص معين أو أشخاص معينين دون اتباع إجراءات المنافسة العامة.

ففي هذه الطريقة تكون الجهة الإدارية لها الحرية في اختيار من تتعاقد معهم كما يكون لها الحرية في الطريقة التي تقوم بها لتحصيل حاجياتها.

وهذه الطريقة في النظام الســعودي هي استثناء على الأصل في تأمين حاجيات الجهات الحكومية الذي يجب أن يكون عن طريق المنافسة العامة.

ثانياً: ضوابط الشراء المباشر:

ونظــراً لخطورة الشراء المباشر بالحالة الماثلة فقد وضعت له ضوابط حيث نصت المادة (٤٤) من النظام على أنه «يجوز توفير احتياجات الجهة الحكومية وتنفيذ أعمالها عن طريق الــشراء المباشر في الحالات العاجلة، على ألا تتجاوز قيمة الشراء مليون ريال» ونصت المادة (٤٥) من النظام على أنه:

«أ- عند تنفيذ الأعمال والمشتريات عن طريق الشراء المباشر يجب الحصول على ثلاثة عروض على الأقل، وتفحص هذه العروض لجنة يكونها الوزير المختص أو رئيس الدائرة المستقلة على ألا تتجاوز التكاليف السعر السائد في السوق.

ب- تكون صلاحية البت في الشراء المباشر للوزير أو رئيس الدائرة المستقلة، ولا يجوز له التفويض إلا في حدود خمسمائة ألف ريال.

ج- الأعمال والمشتريات التي لا تزيد قيمتها على ثلاثين ألف ريال يتم توفيرها وفق الأسلوب الذي تراه الجهة الحكومية مناسباً.

د- يجوز للجهة الحكومية توفير احتياجاتها التي تتم بالشراء المباشر عن طريق الوسائل الإلكترونية»[٣٢٨].

وأخيراً نصت المادة (٤٧) على أنه «لا تجوز تجزئة المشتريات أو الأعمال من أجل الوصول بها إلى صلاحية الشراء المباشر. كما لا تجوز تجزئة هذه الأعمال من أجل الوصول بها إلى صلاحية المسؤولين المفوضين».

وتحديداً لما سبق فإنه يمكن صياغة ضوابط استخدام وسيلة الشراء المباشر على النحو التالي:

١- أن تكون هناك حالة عاجلة وفي ذات الوقت لا تتجاوز قيمة الشراء مليون ريال، فإذا كانت الحالة عاجلة، وتتجاوز مليون ريال فإنها لا تخضع للشراء المباشر، فلابد إذن من اقتران الحالة العاجلة بعدم تجاوزها مليون ريال، وتقدر الجهات الحكومية كما نصت المادة (٦٨) من اللائحة الحالات العاجلة التي لا تحتمل تأخر إجراءات المنافسة العامة، مع الأخذ في الاعتبار مصلحة المرفق، وظروف التنفيذ، وكمية ونوع الأعمال المطلوب تأمينها، وقد أشارت المادة (٦٩) من اللائحة إلى مجموعة من الأعمال عدتها خارجة بشكل عام عن الحالات العاجلة فنصت على أنه «لا تعتبر الأعمال ذات التنفيذ المستمر (كعقود الصيانة والنظافة والتشغيل وخدمات الإعاشة والنقل، وكافة الأعمال التي يتم تأمينها بشكل دوري ومتكرر، وأعمال الأشغال العامة التي يتم الإعداد لها

(٣٢٨) في هذه الحالة على الجهات الحكومية أن تلتزم بالضوابط التي وضعتها وزارة المالية حيث نصت المادة (٧١) من اللائحة على أنه «رغبة الجهة الحكومية تأمين احتياجاتها التي تتم بالشراء المباشر عن طريق وسائل الشراء الإلكترونية، طبقاً للمادة (الخامسة والأربعين فقرة / د) من النظام، يتم مراعاة الضوابط التي تضعها وزارة المالية».

ووضع شروطها ومواصفاتها ومخططاتها قبل تنفيذها) من الحالات العاجلة التي يجوز تأمينهـا بالشراء المباشر، إلا حينما تتوافر في تلك الأعمال شروط الشراء المباشر، المحددة بموجب أحكام النظام وهذه اللائحة».

وذلك لأن هذه الحالات كونها دورية ومتكررة فهي تنتفي إذن بطبيعتها عن كونها من الحـالات العاجلة، لأنه على الجهات الحكومية الإعـداد لتأمين هذه الحاجيات، ففي عقود التنفيذ المسـتمر فإنه على الجهات الحكومية كما نصت المادة (١١) من اللائحة «يجب أن تطرح الأعمال ذات التنفيذ المستمر كالصيانة والنظافة والتشغيل وتقديم خدمات الإعاشة وما شابهها في منافسة عامة، في بداية السنة الأخيرة من العقد القائم كحد أقصى».

أما عقود الأشـغال العامة التي يتم الإعداد لها ووضع المواصفات والمخططات لها فهي كقاعدة عامة تنتفي بطبيعتها عن حالات الاستعجال إلا أنه في نفس الوقت قد تشكل أحياناً حالـة عاجلة كترميم مبنى مثلاً وفي هذه الحالة يلزم أن تتوافر فيها بقية الشروط التي نص عليها النظام ولائحته.

هذا والحالات العاجلة تتضمن كل حالة لا تحتمل التأخير دون التمييز بين حالة وأخرى ما دامت لا تتجاوز مليون ريال.

هـذا وكـما هو واضح فإن النظـام لم يعالج الحالة التي تكون عاجلـة ولكنها تزيد عن مليـون جنيه، وأعتقد أنه في هذه الحالة وطبقاً للمرونة التـي يتميز بها النظام فإنه يمكن باللجوء إلى المادة ٧٩ منه تفادي هذه الإشـكالية والتـي نصت على أنه «إذا ظهرت حاجة إلى استثناء حكم من أحكام هذا النظام فيتم الرفع لرئيس مجلس الوزراء لتكوين لجنة من وزير المالية والوزير المختص واثنين من الوزراء، لدراسة الموضوع مع تحديد محل الاستثناء ومبرراته والرفع بما يرونه للمقام السامي للتوجيه بما يراه».

٢- يجـب الحصـول على ثلاثة عروض على الأقل، وفي نفس الوقت كما أشـارت المادة (٧٠) مـن اللائحة أنه «تجب إتاحة الفرصة في الشراء المباشر لأكبر عدد من المتعاملين، بحيث لا يقتصر تعامل الجهة على عدد محدد منهم، أو تتعامل بشـكل مستمر مع شركات أو مؤسسـات بعينها، وعليها أن تحتفظ لديها بقوائم لمن يرغب من المؤسسات والشركات التسجيل لتقديم خدماتها في مختلف الأعمال».

٣- تشــكل لجنة لفحص هذه العــروض يكونها الوزير المختص أو رئيس الدائرة المســتقلة وتضع في اعتبارها ألا تتجاوز التكاليف الأسعار السائدة في السوق.

٤- تكون صلاحية البت للوزير المختص أو لرئيس الدائرة المستقلة ولا يجوز التفويض إلا في حدود خمسمائة ألف ريال.

وقــد حظر النظام على الجهات الحكومية تجزئة المشــتريات أو الأعمال للوصول بها إلى صلاحية الشراء المباشر أو إلى صلاحية المسؤولين المفوضين.

إنه يمكن القول بهــذه الضوابط اقتراب حالة الشراء المباشر من المناقصة المحدودة، لأن به روح المنافسة، وإن سمي بالشراء المباشر.

هذا ولا يمنع من تكرار عمليات الشراء المباشر في الســنة المالية الواحدة، ولو كانت كل منهــا قد بلغت مليون ريال، ما دامت اســتوفت الشروط التــي وضعها المنظم لكل عملية على حده، ولم تكن ناتجة عن تحايل المســؤولين عن طريق تجزئة العملية، وفي هذه الحالة وإن كانت العملية التعاقدية صحيحة لاستحالة من يتعامل مع الجهة حدود قيمة العملية، إلا أنه في ذات الوقت يمكن محاســبة المتســبب في ذلك وفقاً للمادة (٧٥) والتي نصت على أنه «كل مخالفة لأي حكم من أحكام هذا النظام تعرض الموظف المســؤول عنها للمساءلة التأديبيــة، وفقاً لأحكام نظام تأديب الموظفين وغــيره من الأحكام الجزائية الأخرى المطبقة على العاملين في القطاعات الحكومية والمؤسسات العامة، مع احتفاظ الجهة بالحق في إقامة الدعوى الجنائية أو المدنية على المخالف عند الاقتضاء».

المطلب الثاني

المشتريات والأعمال المستثناة من ضوابط الشراء المباشر والمنافسة العامة:

تحت هذا العنوان نصت المادة (٤٧) من النظام على أنه «استثناءً من المنافسة العامة، يجوز توفير احتياجات الجهات الحكومية من الأعمال والمشتريات التالي ذكرها وفقاً للأساليب المحددة لشرائها، حتى لو تجاوزت تكلفتها صلاحية الشراء المباشر وهي:

أ - الأسلحة والمعدات العسكرية وقطع غيارها بالشراء مباشرة من الشركات المنتجة، ويتم اختيار أفضل العروض بما يحقق المصلحة العامة من قبل لجنة وزارية تكوّن بأمر ملكي لهذا الغرض من ثلاثة أعضاء على الأقل إضافة إلى رئيسها، ثم تعرض توصياتها على رئيس مجلس الوزراء للموافقة عليها.

ب - الأعمال الاستشارية والفنية والدراسات ووضع المواصفات والمخططات والإشراف على تنفيذها وخدمات المحاسبين والمحامين والمستشارين القانونيين، عن طريق دعوة خمسة مكاتب متخصصة من المرخص لها بممارسة هذه الأعمال على الأقل ليقدم كل منهم عرضه خلال مدة تحددها الجهة، وتتم الترسية وفقاً لأحكام المادة السادسة عشرة من هذا النظام.

ج - قطع غيار الآلات الميكانيكية والكهربائية والإلكترونية والمعدات، عن طريق دعوة ثلاثة متخصصين على الأقل ليقدم كل منهم عرضه خلال مدة تحددها الجهة، ويكون الوزير المختص أو رئيس الدائرة المستقلة لجنة الفحص هذه العروض ويختار أفضلها.

د - السلع أو الإنشاءات أو الخدمات التي لا تتوافر إلا لدى متعهد أو مقاول أو منتج واحد ولم يكن لها بديل مقبول، يتم توفيرها بالشراء المباشر بعد موافقة الوزير المختص أو رئيس الدائرة المستقلة، وفقاً للإجراءات الموضحة في اللائحة التنفيذية.

هـ - المستلزمات الطبية المطلوبة عاجلاً في حالات ظهور أوبئة».

ويمكن تحليل هذه الحالات على الوجه التالي:

أولاً: الأسلحة والمعدات العسكرية وقطع غيارها:

يكـون تأمينهـا بالشراء المبـاشر من الـشركات المنتجة ولم يحدد النـص عدد العروض المقدمـة، غير أنه يمكن القول أنه في الحالات التي تكون فيها هذه المشـتريات لها أكثر من شركـة منتجة وجب حينئذ الحصول على أكـثر من عرض، ثم اختيار أفضل العروض تحقيقاً للصالح العام بكافة صورة الفنية والمالية وغيرها، ويكون هذا الاختيار من قبل لحنة وزارية تشـكل بأمر ملكي لا يقل عدد أعضائها عن ثلاثة بالإضافة إلى رئيسـها، ثم تعرض توصياتها على رئيس مجلس الوزراء، وتبقى في هذا النص ملاحظتان تتمثل الأولى في عدم تحديد صفة الوزراء الذين تشـكل منهم اللجنة، وتركها سـلطة تقديرية للملك، وهو أمر مناسـب لمثل هذه المشتريات، والثانية ما انتهت به المادة بالقول للموافقة عليها، وكان دور رئيس مجلس الوزراء شكلياً لا يتعدى سوى الموافقة، وهذا غير صحيح وأعتقد أن هذا ليس مقصود النص، وبالتـالي أرى أن تكـون نهاية النص: (ثم تعرض توصياتها عـلى رئيس مجلس الوزراء للبت فيهـا)، والبت فيها قد يكون قبولاً أو رفضاً نظـراً لأهمية تلك العمليات التعاقدية وسريتها دون غيرها من العمليات التعاقدية.

ثانياً: الأعمال الاستشـارية والفنية والدراسات ووضع المواصفات والمخططات والإشراف على تنفيذها وخدمات المحاسبين والمحامين والمستشارين القانونيين:

باعتبار أن هذه الأعمال متخصصة ودقيقة والاعتبار الشخصي فيها لا يمكن إنكاره، وإنه وإن كان ذلك دافعاً للاسـتثناء من المنافسة ومن ضوابط الشراء المباشر بالشكل العام، فإنه لا يكـون دافعاً لأن تتوجه الجهة لمكتب محدد، وإنما اشـترط النـص أن يكون هناك دعوة خمسـة مكاتب متخصصة من المرخص لها بممارسـة هذه الأعمال على الأقل (عدلت هذه الفقرة لتكون: ثلاثة مكاتب متخصصة من المرخص لها بممارسة هذه الأعمال على الأقل[٣٢٩] ليقـدم كل منهم عرضه خلال مدة تحددها الجهة، وفي نفس الوقت تفحص هذه العروض

(٣٢٩) عدلت بموجب قرار مجلس الوزراء رقم ١٥٥ وتاريخ ١٤٢٩/٦/٥ الخاص بقواعد واجراءات معالجة التأخير في تنفيذ المشـاريع الحكومية، واسـتمر التعديل مع قرار مجلس الوزراء رقم ٢٨٣ وتاريخ ١٤٣٢/٩/٢٢ هـ واستمر أيضاً مع قرار مجلس الوزراء رقم ١٦٠، وتاريخ ١٤٣٦/٣/٢٨ هـ ولمدة ثلاث سنوات .

ذات اللجنـة المتعلقـة بالمناقصات العامة وهي المنصوص عليهـا في المادة (١٦) من النظام والتي نصت على أنه:

«أ- تكـوّن في الجهة الحكوميـة لجنة أو أكثر لفحص العروض تتكـون من ثلاثة أعضاء عـلى الأقل إضافة إلى رئيسـها الذي لا تقل مرتبته عن الثالثة عـشرة أو ما يعادلها، على أن يكـون من بينهم المراقب المالي ومن هو مؤهل تأهيلاً نظامياً، ويُنص في التكوين على عضو احتياطـي يكمـل النصاب إن غاب أحـد الأعضاء، وتتولى هذه اللجنـة تقديم توصياتها في الترسية على أفضل العروض وفقاً لأحكام هذا النظام ولائحته التنفيذية، ولها أن تستعين في تقديم توصياتها بتقرير من فنيين متخصصين .

ب- يعاد تكوين اللجنة كل سنة».

ثالثاً: قطع غيار الآلات الميكانيكية والكهربائية والإلكترونية والمعدات:

يتـم شراء قطع الغيار لهذه الآلات الميكانيكية والكهربائيـة والإلكترونية عن طريق الشراء المباشر لأن احتياج هذه القطع قد يكون مفاجئاً ولا يحتمل التأخير، كما أن الأفضل أن تشـترى هذه القطع بشكل مباشر للتحقق من جودة صناعة تلك القطع، كما قد تكون تلك هذه الآلات تحتـاج إلى قطع معينـة بصناعة محددة، أعتقد أن لكل هذه الاعتبارات وغيرها احتاجت قطع الغيار لأن يكـون تأمينها عن طريق الشراء المباشر، وطريقة تأمينها تتأتى من خلال دعوة ثلاثة متخصصين على الأقل ليقدم كل منهم عرضه خلال مدة محددة تقتضيها طبيعة الحالة المعنية تحددها الجهة، ويكون الوزير لجنة لفحص هذه العروض ليختار أفضلها، ولم يحدد النص عدد أعضـاء اللجنـة ولا إجراءات عملها ولا تحديد المقصود بأفضلها، وأعتقد أن ذلك يتناسـب مع هذه الحالات المتنوعة لكي يختار الوزير اللجنة التي تتناسـب مع كل حالة على حده باعتبارها مسائل فنية مختلفة، وإن كان في الأفضلية يجب التركيز على الجودة لا على الأسعار.

رابعاً: السـلع أو الإنشـاءات أو الخدمات التي لا تتوافر إلا لدى متعهد أو مقاول أو منتِج واحد ولم يكن لها بديل مقبول:

إذا كانت هذه السـلع أو الإنشـاءات أو الخدمات لا تتوافر إلا لدى متعهد أو مقاول أو منتج واحد ولم يكن لها بديل مقبول فإنه بذلك تنتفي الحاجة إلى إجراء مناقصة عامة، ومن

ثم يقتضي تأمين هذه الحاجيات عن طريق الشراء المباشر، وحتى يتم التأمين بشكل صحيح فقد أوجبت المادة (٧٢) من اللائحة أنه «على الجهات الحكومية عند رغبتها في تأمين السلع والإنشاءات أو الخدمات المشار إليها في المادة (السابعة والأربعين فقرة / د) من النظام، التي لا تتوافر إلا لدى متعهد أو مقاول أو منتج واحد، مراعاة ما يلي:

١- أن تكون هناك حاجة ملحة لدى الجهة للحصول على السلعة أو الخدمة أو الإنشاءات، وألا يكون هناك بديل مناسب يمكن الحصول عليه من مصادر أخرى.

٢- يتم الإعلان وفقاً لإجراءات الإعلان عن المنافسات العامة، بغرض التأكد من أن السلعة أو الخدمة أو الإنشاءات لا تتوافر إلا لدى منتج أو مورد واحد. وكذلك من خلال المصادر الرسمية التجارية، وقواعد البيانات والمعلومات، المتوافرة لدى الجهة الحكومية أو غيرها من الجهات ذات العلاقة.

٣- أن يكون السعر المؤمن به مناسباً، وإذا كان مرتفعاً يبحث عن بدائل مقبولة.

فان توافرت هذه الضوابط نظاماً ولائحة فيتم توفيرها بالشراء المباشر بعد موافقة الوزير المختص أو رئيس الدائرة المستقلة».

خامساً: المستلزمات الطبية المطلوبة عاجلاً في حالات ظهور أوبئة:

وهذه الحالة مستثناة لطبيعتها العاجلة بقيد حالات ظهور الأوبئة، وهذا الأخير هو الذي يجعلها تخرج عن قواعد الشراء المباشر في حالتها العادية.

وهذا النص صيغ كما هو ماثل بلا ضوابط ولا قيود لأن الحالة لا تستدعي التقيد بأي إجراء، فهي لا تحتمل أي تأخير، وبالتالي فتأمين هذه المستلزمات يتم من الجهة المعنية بسلطة تقديرية لا يحدها سوى عدم إساءة السلطة.

وأخيراً نصت المادة (٧٣) من اللائحة على أنه « فيما عدا ما نظم بموجب نص خاص، تسري على الأعمال المستثناة من المنافسة العامة المشار إليها في المادة (السابعة والأربعين) من النظام، إجراءات المنافسات العامة الواردة في النظام وهذه اللائحة».

وتحليلاً لهذا النص، فإنه يعني أن كل الحالات المستثناة من المنافسة العامة يطبق عليها إجرائياً ما اقترن بها من إجراءات دون غيرها من الإجراءات الواردة في النظام ولائحته، هذا وإن كان صحيحاً إلا أنه يصطدم بإشكالية في الفقرة (هـ) التي تتناول توفير المستلزمات الطبية، حيث لا توجد لها إجرائياً نصوص خاصة، مما كان يقتضي استثناءها في النص من خضوعها للنظام ولائحته في العملية الإجرائية لأن علة استثنائها من المنافسة هي حالة الاستعجال، وهذا النص بصيغته المطلقة يعيدها إلى مربع الإجراءات مرة أخرى.

ومن ناحية أخرى فإن هذه المادة تجعل من النظام ولائحته النظام العام في العملية الإجرائية، فكل ما لم ينظم إجرائياً في هذه النصوص يكون مرجع تنظيمه للنظام ولائحته.



الباب الثالث
الآثار المترتبة على إبرام العقود الإدارية

في هذا الباب نتناول تفصيلاً بإذن الله تعالى الآثار المترتبة على إبرام العقود الإدارية من بدايتها وحتى نهايتها، سواءً كانت هذه الآثار تتعلق بالحقوق أم بالالتزامات، وسواءً تعلقت بالجهة الإدارية أم بالمتعاقدين معها، وكذلك دراســة سلطات الجهة الإدارية مع المتعاقدين معها، وأخيراً تمديد ونهاية العقد الإداري، وذلك في فصول أربعة: ينقســم كل منها إلى عدة مباحث لتحقيق الهدف من دراسة هذا الباب وعلى التفصيل الآتي:

الفصل الأول
التزامات الجهة الإدارية والمتعاقدين معها

تختص دراسة هذا الفصل بالالتزامات الملقاة على عاتق الجهة الإدارية وكذلك المتعاقدين معها وذلك في مبحثين: الأول منهما عن التزامات الجهة الإدارية، والثاني عن التزامات المتعاقد، وذلك كما يلي:

المبحث الأول

التزامات الجهة الإدارية:

إن تمتع الجهات الحكومية بالعديد من السلطات لا يمنع تحملها عدة التزامات بوصفها طرفاً في علاقة تعاقدية يلزم احترامها، وإلا فإنه يمكن مقاضاتها حال الإخلال بتلك الالتزامات، ويمكن أن نركز التزامات الجهات الحكومية في التزامها بتسليم موقع العمل، وبتنفيذ العقد وفقاً لشروطه، وأن تقوم في نفس الوقت باستخدام سلطاتها بحسن نية مراعاة لاعتبارات المصلحة العامة التي تسعى إليها. وبيان هذه الالتزامات كما يلي:

أولاً: تسليم الموقع:

باعتبار أن قرار الترسية ينعقد به العقد وتبدأ منه كافة الالتزامات العقدية، فإن أول التزامات الإدارة أولى التزاماتها أن تسلم موقع العمل للمتعاقد حسب ما قررته المادة (٤٥) من اللائحة حيث نصت على أن:

«أ- يسلم موقع العمل في عقود الأشغال العامة خلال المدة المشار إليها في المادة (الثلاثين فقرة / ب) من النظام.

ب- يسلم موقع العمل في عقود الخدمات ذات التنفيذ المستمر التي يحتاج بدء العمل فيها إلى التجهيز لاستمرار تقديم الخدمة وعدم انقطاعها (تسليماً أولياً) قبل انتهاء مدة العقد القائم، لتمكين المتعاقد من التحضير والتجهيز للأعمال بالتنسيق مع متعهد العقد القائم. ثم يسلم الموقع للبدء في تنفيذ العقد بعد انتهاء العقد السابق».

وعـلي الجهة أن تسـلم الموقع خالياً من عوائق التنفيـذ والتي يمكن أن تكون مادية أو قانونيـة، فعلى الجهة المتعاقدة أن تسـلم للمتعاقد الموقع خاليـاً من العوائق المادية وكذا القانونية المتعلقة باستخراج التراخيص والفسوحات الخاصة بالموقع حتى يستطيع المتعاقد البدء في التنفيذ، وإلا فإنه في هذه الحالة يحق للمتعاقد الحصول على التعويض المناسـب أو يعفـى من غرامة التأخير وهو ما قضى به ديوان المظالم بقوله إن «ميعاد تنفيذ المشروع هو الميعاد الواقع بين تسـلم موقع العمل وتسليم الأعمال، ويتعين أن يكون تسليم الموقع فعلياً، وذلك بتوافر أمرين أولهما صلاحيته لبدء التنفيذ بخلوه من الموانع المادية والنظامية التي تعوق البدء في التنفيذ»[٣٣٠].

كما تلتزم بتسليم الموقع محل التعاقد ولا يجوز لها إبداله، وإن فعلت، استحق المتعاقد التعويـض إن كان له مقتضى، أو طلب فسـخ العقد إن كان المحل الجديد يسـتحيل معه تنفيذ العقد.

ثانياً: تلتزم الإدارة بتنفيذ العقد وفقاً لشروطه:

إن العقد يرسـم حدود العلاقة بين طرفيه مبيناً حقـوق والتزامات كل منهما في ضوء ما وضعـه النظام من قواعـد، ولما كانت الإدارة أحد طرفي هذا العقـد كان لزاماً عليها الالتزام بشروطه، فلا يعني تمتعها بالسلطة العامة أن تخرق شروط العقد كيفما شاءت فهذه السلطة العامة محدودة بحدود معينة، فالعقد ما دام في إطاره النظامي فهو قانون المتعاقدين ولذلك نصت المادة ٥٤ من النظام على أنه «يجب على الجهة الحكومية تنفيذ العقد وفقاً لشروطه، وإذا أخلت بتنفيذ التزاماتها بما في ذلك تأخير سداد المستحقات، جاز للمتعاقد التقدم بهذه المطالبات أمام اللجنة المنصوص عليها في المادة (الثامنة والسبعين) من هذا النظام».

وفي هذا قضى ديوان المظالم بأنه «حيث إن العقد يرتب التزامات متبادلة بين طرفيه، وهي أن يقوم المدعي بأداء الأعمال التي التزم بأدائها بموجب العقد، وفي المقابل تلتزم الجهة المدعى عليها بدفع المستحقات التي التزمت بأدائها للمقاول عن الأعمال التي قام بتنفيذها..»[٣٣١].

---

(٣٣٠) راجع حكم هيئة التدقيق رقم ٧٧١/ت/١لعام ١٤١١هـ مجموعة القضاء الإداري، مرجع سابق، ص١٣٦.

(٣٣١) حكم هيئة التدقيق رقم ٥٤٩ /ت/١ لعام ١٤٢٧هـ بجلسة ١٤٢٧/٩/٢هـ في القضية رقم ٩٠٨ /١/ق لعام ١٤٢٤هـ مجموعة الأحكام، مرجع سابق، ج٥، ص٢٦٨٣.

ولذلــك وضع ديوان المظالم في اعتباره عــدم تنفيذ الجهات الحكومية لالتزاماتها الواردة في العقد يحملها التعويض حيث قضى بأن «التأخير في صرف المســتخلصات وتسليم الموقع وتخفيض قيمة العقد بأكثر من النسبة المحددة نظاماً تعد أخطاءً توجب إلزام جهة الإدارة بالتعويــض عن الأضرار، إذا لم يقدم المقاول الدلائل المثبتة لمقدار الضرر فإن ذلك لا يحرمه مــن حقه في التعويض عن الأضرار، وقــد جرى قضاء الديوان على منحــه تعويضاً تقديرياً بنسبة مئوية بحد أقصى من قيمة العقد، فهذه الأخطاء تعد قرينة بسيطة على وقوع الضرر تنقل عبء الإثبات إلى جهة الإدارة لنفي ذلك»[٣٣٢].

وأيضاً إخلالها بالتزاماته التعاقدية يمنع من فرض غرامة التأخير حيث قضى الديوان بأنه «وحيث ثبت أن الوزارة تأخرت في صرف مســتحقات المدعية بالمخالفة لهذه المادة، وحيث إنه من المقرر أن إخلال الجهة الإدارية بالتزام معين لا يستطيع المتعاقد معه تنفيذ التزامه بدونه، إن هذا الإخلال يعتبر ســبباً أجنبياً يبرر إعفاءه من المســؤولية عن التأخير في تنفيذ التزامــه، وبالتالي يعفيه من جميع الآثار المترتبة على التأخير، وحيث إن الوزارة تأخرت كما سبق بيانه في صرف المستخلصات مدداً غير معقولة وكان من شأن هذا التأخير دون شك أن يؤثــر تأثيراً مباشراً في إنجــاز الأعمال في مواعيدها المحددة في العقد، الأمر الذي تنتهي معه الدائرة إلى اعفاء المدعية من غرامة التأخير وتكاليف الإشراف»[٣٣٣].

ثالثاً: تنفيذ العقد بحسن نية:

لأن العقــود وضعت لتحقيق المصلحة العامة فيلــزم أن تراعي الجهة الإدارية ذلك في تعاملاتها كافة مع المتعاقدين، والقيام بمســاعدتهم وتمكينهم من القيام بالتزاماتهم، لأنها لن تجدي شــيئاً من وراء اســتخدام سلطاتها بشكل غير مدروس سوى التأثير على المصلحة العامة ســلباً، لاســيما وأن النظام كثيراً ما يعطيها سلطة تقديرية في استخدام سلطاتها.

(٣٣٢) حكــم هيئة التدقيق رقــم ٦٧٤/ت/١وتاريخ ١٤١١/٥/٢٣هـ والحكم ١٤١/ت/١العــام ١٤١٢هـ مجموعة القضاء الإداري، مرجع سابق، ص١٦٤.

(٣٣٣) راجع حكم المحكمة الإدارية، رقم ١٢٨/د/إ/٥ لعام ١٤٣٢هـ في القضية رقم ١/٢٤٨٨/ق لعام ١٤٢٧هـ المؤيد من محكمة الاســتئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٢١٦ لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم ٦٥٩٣/ق لعام ١٤٣٢هـ (حكم غير منشور).

إن قيام الإدارة بتنفيذ التزاماتها بالشــكل المطلوب ليعد دلالة واضحة على حسن نيتها، فتسليم الموقع خالياً من العوائق في مواعيده المحددة، واستلام الأعمال، وصرف المستحقات المالية في مواعيدها، وعدم التعنت في سلطة الرقابة والإشراف، كل هذا من باب حسن النية لتمكــين المتعاقد من القيام بالتزاماته على الوجــه المطلوب، ولأهمية ذلك فقد نص النظام بصراحة على لزوم مراعاة حســن النية من قبل الإدارة والمتعاقد كذلك فنص في المادة (٧٧) منه على أنــه: «يجب على المتعاقدين والجهات الحكوميــة تنفيذ عقودهم وفقاً لشروطها وبحسن نية وبما يقتضيه حسن سير المرفق العام ومصلحته».

وفي هذا تقضي المحكمة الإدارية العليا بقولها: «فإن المستقر في الفقه والقضاء أن تنفيذ العقــود أياً كان نوعها يجب أن يقوم على أســاس من حســن النية بــين أطرافه، وإذا كان مقــرراً من الأطراف فإنه يكون من الإدارة أوجب، حينما تكــون الإدارة طرفاً في التعاقد إذ يجــب عليها أن تكون مثلاً في احــترام التزاماتها العقدية، لأنها مطالبة أصلاً باحترام القواعد والإجراءات القانونية التي تحكم نشــاطها بما يحقق العدالة والمساواة بين المتعاقدين معها ويؤكد مصداقية الإدارة»[(٣٣٤)].

(٣٣٤) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٣٨٠٨ لسنة ٥١ ق، بجلسة ٢٠٠٧/١/٦، المجموعة ٢٤٨/٤٨.

المبحث الثاني

التزامات المتعاقد مع الجهة الإدارية:

لا تنشأ التزامات المتعاقد بعد إبرامه العقد فحسب، وإنما لها جذور سابقة تبدأ من تاريخ تقديمه العطاء، وتمتد معه حتى نهاية التزامه، وقد مرت بنا تلك الالتزامات، ولذا سنقتصر هنا على عرض التزام المتعاقد بتسلم موقع العمل، والتزامه بتنفيذ العقد حسب الشروط والمواصفات المتفق عليها، والتزامه بتنفيذ التعديلات التي تقررها الجهة الحكومية حسب الحدود النظامية، مع قيامه بتنفيذ العقد بنفسه إلا في الحدود التي يقرها النظام، وكل ذلك في المواعيد المحددة بالإضافة إلى التزامه العام بتنفيذ العقد بحسن نية، وأخيراً التزامه بضمان سلامة الأعمال بعد تسليمها وبيان ذلك كما يلي:

أولاً: تسلم موقع العمل:

يلتزم المتعاقد بتسلم موقع العمل، فإنه إذا كانت الجهة ملزمة بتسليم المتعاقد موقع العمل في المدة المحددة نظاماً، فإن المتعاقد في المقابل عليه القيام بتسلم موقع العمل للبدء في التنفيذ وقد تناولت هذا الالتزام اللائحة فنصت في مادتها (٤٦) على أنه:

«أ- إذا تأخر أو تباطأ أو امتنع المتعاقد عن استلام موقع العمل في عقود الأشغال العامة، يتم إنذاره بخطاب مسجل، فإذا لم يستلم الموقع خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطاره بالإنذار، تعد الجهة محضر تسليم حكمي للموقع، ويبلغ به المتعاقد مع إنذاره للبدء في التنفيذ خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطاره بذلك، فإذا انقضت هذه المدة ولم يبدأ في العمل، جاز سحب الأعمال منه، وفقاً لأحكام المادة (الثالثة والخمسين) من النظام.

ب- إذا احتج المتعاقد بوجود عوائق تمنعه من استلام موقع العمل، ولم تقتنع الجهة بذلك، فليس له الحق برفض الاستلام، وإذا كان له تحفظات تجاه الموقع يقوم بتدوينها في محضر تسليم الموقع.

ج- إذا تأخر المتعاقد عن استلام موقع العمل في عقود الخدمات ذات التنفيذ المستمر يتم إنذاره بذلك، فإذا لم يستلم الموقع خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إشعاره بالإنذار تسحب الأعمال وفقاً لأحكام المادة (الثالثة والخمسين) من النظام».

ثانياً: تنفيذ العقد حسب الشروط والمواصفات المتفق عليها:

عـلى المتعاقد أن يقوم بتنفيـذ العقد طبقاً للشروط والمواصفـات المتفق عليها، وطبقاً للتعليـمات النظامية التـي تملى عليه من الإشراف، حيث نصت المادة (٧٧) من النظام على أنه «يجب على المتعاقدين والجهات الحكومية تنفيذ عقودهم وفقاً لشروطها وبحسن نية وبما يقتضيه حسن سير المرفق العام ومصالحه».

وهـذا الالتـزام هو لب الالتزامات التي تقع على عاتـق المتعاقد فما يأتي بعده متفرع عنـه، فعلى المتعاقد أن يقوم بتنفيذ العقد تنفيـذاً دقيقاً وفقاً لشروطه، بعيداً عن التحايل أو التلاعب أو الغش، وإلا سـيتعرض لكثير من الجزاءات في حاضره العقدي وكذا مستقبله، بحرمانه من الدخول في المنافسات الحكومية.

هـذا ولا يجوز للمتعاقـد كما نصت المادة (٤٩) من اللائحة التخلي عن تنفيذ التزاماته، استناداً إلى إخلال الجهة الحكومية في تنفيذ التزاماتها، وفيه قضى الديوان بأنه: «من المبادئ المقـررة أن العقود الإدارية تتميـز بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يسـتهدف العقد تسـييره، وتغلب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفـراد الخاصة متى كان العقد الإداري يتعلـق بمرفق عام، فلا يسـوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عـن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق بحجة أن ثمة إخلال من جانب الإدارة بأحد التزاماتها قبله، بل يتعين عليه إزاء هذه الاعتبارات أن يسـتمر في التنفيذ ما دام ذلك في اسـتطاعته، ثم يطالب الجهة الإدارية بالتعويض عن إخلالها بالتزاماتها إن كان لذلك مقتضى كان له فيه وجه حق، فلا يسـوغ له الامتناع عن تنفيذ العقد بإرادته المنفردة وإلا حقت مساءلته عن فعله السلبي»[٣٣٥].

وفي ذات السياق قضى الديوان بأنه «من المبادئ المقررة أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يسـتهدف العقد تسييره وتغلب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة متى كان العقد الإداري يتعلق بمرفق عام، فلا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق بحجة أن ثمة إخلال من جانب الإدارة

---

(٣٣٥) قرار ديوان المظالم رقم ٨٦/٧ لعام ١٤٠١، في القضية رقم ٢/١١/ق لعام ١٤٠١هـ وراجع د. أيوب منصور الجربوع، ضوابط سـلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، دراسـة تحليلية في ضوء قضاء ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية، مجلة جامعة الملك سعود، الرياض، المجلد٢٠، ص٦٤.

بأحد التزاماتها قبله بل يتعين عليه إزاء هذه الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ ما دام ذلك في استطاعته، ثم يطالب الجهة الإدارية بالتعويض عن إخلالها بالتزاماتها إن كان لذلك مقتضى كان له فيه وجه حق، فلا يسـوغ له الامتناع عن تنفيـذ العقد بإرادته المنفردة وإلا حقت مساءلته عن فعله السلبي»[(٣٣٦)].

وهـو ما قضت به المحكمة الإدارية العليا بالقـول أن: «الدفع بعدم التنفيذ كأصل عام أمر غير جائز في العقود الإدارية لما تتميز به من خصائص ولاتصالها بسير المرفق العام حتى ولـو ثبت أن ثمة خطأ أو تقصير مـن جانب الجهة الإدارية في تنفيـذ التزاماتها التعاقدية، وإنما يجب على المتعاقد أن يسـتمر في التنفيذ ثم يطالب الجهة الإدارية بالتعويض إن كان لـه مقتضى، إلا أن هذا الأصل يجوز الخروج عليـه في حالتين: أولاهما إذا ترتب على تقصير جهـة الإدارة اسـتحالة التنفيذ، والأخرى إذا اتفق الطرفـان في العقد على الخروج على هذا الأصل»[(٣٣٧)].

ثالثاً: الالتزام بالتعديلات التي تقرها الجهة الحكومية المتعاقدة:

يلتزم المتعاقد بتنفيذ العقد وفقاً لشروطه، وكذا ما يطرأ عليه من تعديلات، ولكن بشرط أن تكون هذه التعديلات وفقاً للضوابط النظامية، وإلا فإن المتعاقد يكون له الحق في رفض تلك التعديلات، كما يستحق المقابل المالي لتلك التعديلات إن كانت بالزيادة، وهو ما يسمى بالأعمال الإضافية، كما يستحق تعويضاً إن كانت بالنقص حال تعديها النسب النظامية، وفي هذا قضى ديوان المظالم بأن «تخفيض جهة الإدارة لقيمة العقد بأكثر من النسـب المحددة نظاماً ..يعد خطأً يلزمها بتعويض المقاول عما أصابه من أضرار نتيجة ذلك»[(٣٣٨)].

رابعاً: تنفيذ العقد بنفسه وفي المواعيد المحددة:

يعد من المبادئ الأساسـية قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه العقدي بنفسـه، وذلك لاختلاط الاعتبار الشـخصي بالاعتبار الموضوعي في إرساء العقود الإدارية، فنظراً لصلة العقد الإداري

(٣٣٦) حكـم هيئة التدقيق رقم ١٣١/ت/١ لعام ١٤١٣هـ، (حكم غير منشـور) راجع د. أيـوب منصور الجربوع، المرجع السابق، ص٦٤، ٦٥.

(٣٣٧) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم ٣٥٩ لسنة ٤٨ ق، بجلسة ٢٠٠٦/٩/٣، المجموعة، ٢/٥١ ص١٠٩٨.

(٣٣٨) حكم هيئة التدقيق رقم ٢٩/ت/١ وتاريخ ١٤١٢هـ مجموعة القضاء الإداري، مرجع سابق، ص١٦٤.

الوثيقة بالمرفق العام فـإن الإدارة تراعي اعتبارات خاصة بالمتعاقد معها من حيث الكفاية المالية أو المقدرة الفنية أو حسن السمعة أو الجنسية أو غير ذلك من الاعتبارات[٣٣٩] ولذلك على المتعاقد أن يقوم بنفسه بتنفيذ العقد.

وإنه إذا كان التنازل الجزئي مقبولاً فإن التنازل الكلي لا يجوز التوسع فيه، لأن من شأن ذلك إلغاء الأســس التي تمت بموجبها إجراءات المنافسة والتعاقد، وتفقد الإدارة المزايا التي كانــت تهدف إليها من وراء التعاقد مع مقاول له خبرات وإمكانيات معينة[٣٤٠]، لهذا حظر النظام الســعودي عــلى المتعاقد التنازل كليــاً أو جزئياً عن تنفيذ العقــد لغيره إلا بموافقة الجهة الإدارية، وإلا فإنه في هذا الحالة ســيكون مصيره معلقاً على سلطة الجهة الإدارية في استعمال سلطاتها معه، ولقد نصت المادة (٧١) من النظام على أن «يتم التعاقد مع المصرح لهم بالعمل مباشـرة، ولا تجوز الوساطة في التعاقد. ولا يعد وسيطاً الموزع أو الوكيل المعتمد من المنتج الأصلي. وينفذ المتعاقد العمل بنفســه، ولا يجوز له التنازل عنه أو عن جزء منه، أو إنابة غيره في تنفيذه بغير إذن خطي سابق من الجهة المتعاقدة. ومع ذلك يبقى المتعاقد مسؤولاً بالتضامن مع المتنازل إليه أو المقاول من الباطن عن تنفيذ العقد».

ورتب النظام في المادة (٥٣ / ج) على مخالفة ذلك الالتزام إمكانية سحب العقد وتنفيذه على حســاب المتعاقد، أو فســخ العقد، مــع التزامه بالتعويض حــال تحقق شروطه، ولقد جرى نص المادة المذكورة بأنه «يجوز للجهة الحكومية ســحب العمل من المتعاقد، ومن ثم فسخ العقد أو التنفيذ على حسابه، مع بقاء حق الجهة في الرجوع على المتعاقد بالتعويض المســتحق عما لحقها من ضرر بســبب ذلك في أي من الحالات التالية: ... ج -إذا تنازل عن العقد أو تعاقد لتنفيذه من الباطن دون إذن خطي مسبق من الجهة الحكومية».

وهو ما قررته أيضاً المادة (١٤٧) من اللائحة بنصها «يجوز للجهة الحكومية فسخ العقد ومصــادرة الضمان البنكي، مع بقاء حق الجهة في الرجوع على المســتثمر أو المســتأجر عما لحقها من ضرر بســبب ذلك في أي من الحالات التالية: ... ٣-إذا اســتخدم الموقع لنشــاط يخالف النشــاط المتفق عليه في عقد الاستثمار، أو التأجير، أو تنازل عنه للغير، دون موافقة

(٣٣٩) راجع د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص٤١٨.

(٣٤٠) راجع د. حمد الوهيبي، مرجع سابق، ص ٣٧٨.

خطية من الجهة، بعد إنذاره لتصحيح الوضع ومضي خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطاره بالإنذار».

غير أنه تجب الاشارة إلى أن هناك فرقاً بين التنازل الكلي أو الجزئي والاستعانة بمجهودات الآخرين في تنفيذ العقد، ولهذا فهناك فرق بين التنازل الكلي عن العقد أو التنازل الجزئي عنه وهو التعاقد من الباطن وبين الاتفاقات التي تبرم لتسهيل تنفيذ العقد، فالتنازل كلياً عن العقد يعني التخلي كلياً عنه وحلول متعاقد آخر مكانه، وفي هذه الحالة يخضع مركز الحال لما تقرره نصوص النظام ولوائحه ونصوص العقد، أما التعاقد من الباطن فهو التصرف الذي يبرمه المتعاقد الأصلي مع آخر لتنفيذ جزء من محل العقد، أما الاتفاقيات التي تقع لتسهيل العقد فهي تلك التي يبرمها المتعاقد مع الموردين والمتعهدين والبنوك والمؤسسات الفنية المتخصصة لتسهيل أعمال العقد بشكل عام من توفير مواد أولية أو عمالة أو خدمات أو معدات إلى آخره، فهذه الأخيرة لا تعد لا من باب التنازل الكلي أو الجزئي ولا تحتاج إلى موافقة الإدارة، إلا أن هذا لا يمنع الاعتراض على تلك التسهيلات إذا كانت مخالفة للشروط والمواصفات كغيرها من الأعمال التي يقوم بها المتعاقد[٣٤١].

ولذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه «لا يسوغ القول بأن يقوم المتعهد الأصلي بتنفيذ التزاماته وحده من غير الاستعانة بمجهودات غيره، وإلا وضع أمام استحالة مطلقة، وبناءً على ما تقدم وإذ جرى العرف على السماح بهذه الاستعانة في الحدود المقررة والجائزة في العقود الإدارية، فإنه من غير المستساغ فسخ العقد ومصادرة التأمين وشطب اسم المتعهد وعدم السماح له بالدخول في مناقصات حكومية»[٣٤٢].

هذا وقد أتاح النظام السعودي إمكانية التنازل عن العقد كلياً أو جزئياً ولكن تحت شروط معينة أشارت إليها المادة (٤٧) من اللائحة والتي نصت أنه «على الجهة الحكومية قبل موافقتها على التنازل عن العقد أو جزء منه، مراعاة ما يلي:

---

(٣٤١) لمزيد من التفاصيل راجع د. عادل عبد الرحمن، آثار العقود وفقاً لقانون المناقصات والمزايدات الجديد رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، ولائحته التنفيذية، ص١٣١ وما بعدها، وراجع أ. أحمد محمد هزاع، التعاقد من الباطن والقواعد التي تحكمه، مجلة القراءة والمعرفة، العدد ١٣٤، ٢٠١٢، ص١٦٣ وما بعدها.

(٣٤٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٩٤٣ لسنة ١٣ ق بجلسة ١٩٧١/١/١٦، المجموعة ١٥٨/١٦.

أ- معرفة أسباب طلب التنازل، وعما إذا كانت هناك عقود أخرى للمتعاقد سبق له التنازل عنها، وذلك بموجب إقرار يقدمه المتعاقد إلى الجهة الحكومية.

ب- أن يكون التنازل بموجب اتفاقية يبرمها طرفا التنازل لتحديد التزاماتهما تجاه الجهة الحكومية صاحبة المشروع .

ولا تعتبر الاتفاقية نافذة إلا بعد اعتمادها من الجهة الحكومية وموافقتها على التنازل.

ج- ألا يؤدي التنازل إلى الإضرار بالمشروع بتنفيذه بأسعار متدنية.

د- أن تتوافر في المقاول المتنازل إليه شروط التعامل مع الحكومة، وأن يكون مصنفاً في مجال ودرجة الأعمال المتنازل له عنها».

ولكن هل يجوز للإدارة رفض التنازل والتمسك بشخصية المتعاقد وإلزامه بالتنفيذ بنفسه؟

يرى البعض أنه لو ثبت أن لدى المتعاقد ما يستدعي التنازل، وأن المتنازل إليه استوفى الشروط المطلوبة كافة، حينئذ فإن الإدارة لا سبيل لها لرفض التنازل فإن «أقصى ما يمكن أن يوصف به حق الإدارة في التنازل الكلي أو الجزئي عن العقد أنه يندرج في باب السلطات التقديرية للإدارة والسلطة التقديرية مشروطة بحسن استعمالها ومقيدة باستعمال الصالح العام دائماً»[٣٤٣].

وأعتقد أن التنازل يجب كي يكون متسقاً مع القواعد الإجرائية التي ترتبط بالصالح العام - ولتحقيق المبادئ التي تقوم عليها العقود الإدارية من الشفافية والعدالة والمساواة وغيرها - أن يكون وفقاً لإجراءات سحب العمل، فيكون الحق للمتنازل إليه بعد إجراء مفاوضة المتنافس التالي للمتنازل، أي العرض الذي يليه ثم ما بعده وهكذا كالسحب، لأن التنازل في هذه الحالة كالسحب، وذلك منعاً لإمكانية أي تواطؤ بين المتعاقد المتنازل والمتنازل إليه وتحقيق أقصى درجات الشفافية تحقيقاً للصالح العام في أفضل صوره.

(٣٤٣) راجع د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص٤٢٦، ود. عبد العزيز خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠٠٨ ص١٧٥، وأ. سالم المطوع، مرجع سابق، ص٢٠٩.

هذا ولا يؤدي التنازل عن العقد إخلاء مسؤولية الأصيل بل كما نصت المادة(٧١) من النظام «يبقى المتعاقد مسؤولاً بالتضامن مع المتنازل إليه أو المقاول من الباطن عن تنفيذ العقد».

كـما أنه يترتب في حالــة التنازل أو التعاقد من الباطــن دون إذن الجهة عدم قيام أية علاقــة تعاقدية بين الجهة وبين هؤلاء، ومن ثم فليس للمتنازل إليه أو المتعاقد من الباطن في هذه الحالة أن يرجع على الإدارة بأية حقوق تعاقدية[٣٤٤].

هــذا وموافقــة الإدارة على التنازل الجزئي عن العقد لا يترتــب عليه حلول المتعاقد من الباطن (المتنازل إليه) محل المتعاقد الأصلي ولا تنشأ أية علاقة عقدية جديدة بين المتعاقد مــن الباطن وجهة الإدارة، وإنما تظــل الرابطة العقدية بين المتعاقــد الأصلي وجهة الإدارة والمســتمدة من العقد الأصلي ... بالرغم من موافقــة الإدارة على التنازل الجزئي عن العقد فإن العلاقة بين المتعاقد الأصلي وبين المتعاقد من الباطن تظل علاقة عقدية خاضعة لقواعد القانــون الخاص وليس قواعد القانــون العام، كما يختص بنظر المنازعة التي تنشــأ بينهما بخصوص التعاقد من الباطن للقضاء العادي وليس القضاء الإداري»[٣٤٥].

ومن تطبيقات ديوان المظالم في هذا الشــأن ما قضى به أنه «وحيث تنص المادة الرابعة مــن الشروط العامة للعقد على أنه (لا يحق للمقــاول أن يتعاقد من الباطن لتنفيذ جميع الأعــمال محــل العقد مــا لم ينص العقد على خلاف ذلــك، فإنه لا يحق للمقــاول أيضاً أن يتعاقد من الباطن لتنفيذ جزء من الأعمال بدون الحصول على موافقة خطية مســبقة من صاحــب العمل، على أن هذه الموافقة لا تعفي المقاول من المســؤولية والالتزامات المترتبة عليه بموجب العقد بل يظل مسؤولاً عن كل تصرف أو خطأ أو إهمال يصدر من جانب أي مقــاول من الباطن أو من وكلائه أو موظفيه أو عمالــه، ولا تعتبر عقود العمل التي يبرمها المقاول على أساس الأجر بالقطعة عقوداً من الباطن بمقتضى هذه المادة ...، وتأسيساً على ما تقدم وحيث إن الثابت من الأوراق أن الشركة المدعية استعانت في تنفيذ العقد بمقاول من الباطن هو مؤسسة (...) وتقدمت بطلب للوزارة بالموافقة على هذا التعاقد من الباطن، إلا أن الوزارة رفضت هذا الطلب وتم إخطار المقاول بهذا الرفض ... وذلك لعدم وجود شهادة

(٣٤٤) راجع د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص٤٢٢.

(٣٤٥) راجع أ. أحمد محمد هزاع، مرجع سابق، ص١٦٤.

تصنيف للمقاول تؤهله للقيام بتنفيذ المشروع ... وبذلك يكون تأخر تسليم المشروع بسبب خطــأ المدعية بتعاقدها من الباطن مع مقاول لم توافــق عليه الوزارة ولا تقره بنود العقد، مما تنتهي معه الدائرة إلى رفض طلب المدعية»[٣٤٦].

وقــضى الديــوان أيضاً أنــه «وبما أنه من المتعــين على الدائرة قبل الخــوض في موضوع الدعوى التحقق من اســتيفاء شروط قبولها، بأن تكون مرفوعة من ذي صفة على ذي صفة ومعنــى ذلك أن يكون المدعي والمدعى عليه ذا شــأن معترف به شرعــاً ونظاماً في الدعوى وأن يكون ذلك الشــأن كافياً لتخويل المدعي حق الادعــاء، وتكليف المدعى عليه بالجواب والمخاصمة، وبما أن حقيقة صفة المدعي في مواجهة المدعى عليها إنما هو مقاول من الباطن، وبما أن المســتقر عليه في قضاء الديوان أن المقاول من الباطن ليس له صفة في رفع الدعوى على الجهة الإدارية، ولو كان ذلك بموافقتها..»[٣٤٧].

وبحق كما قضى الديوان ســواءً تم التعاقد من الباطن بموافقة الإدارة أو عدم موافقتها فإنه لا تنشــأ علاقة تعاقدية بين الإدارة والمتعاقد مــن الباطن، فهي علاقة تعاقدية تخضع لروابــط القانون الخاص بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن، لأن الأخير يعمل في هذه الحالــة لصالح المتعاقــد الأصلي، وما موافقة الإدارة إلا من باب التأكد من قدرة المقاول من الباطن على التنفيذ بشكل صحيح كحق من حقوق الجهة الإدارية في الرقابة والتوجيه.

أما في حالة التنازل الكلي فأعتقد أننا يجب أن نفرق بين أمرين، الأمر الأول وهو مسؤولية المتعاقد الأصلي وهذه يجب أن تبقى حتى بعد التنازل، والأمر الثاني فإن التنازل الكلي يعني الحلــول محل المتعاقد الأصــلي، وفي هذه الحالة تبقى هناك علاقــة مباشرة مع الجهة لأن الحلول لا يعني أنه يعمل لمصلحة من حل محله وإنما يعني أنه يعمل مع من حل تجاهه،

---

(٣٤٦) راجــع حكــم المحكمة الإدارية رقــم ٢٢/د/إ/٢٧ لعام ١٤٣١هـ في القضية رقــم ١/٢٧٦٣/ق لعام ١٤٢٨هـ المؤيد من محكمة الاســتئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٢٨ لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم ٧/١٢٦/ق لعام١٤٣١هـ هذا وقد يلاحــظ بمفهوم المخالفــة من الحكم أن الجهة لو كانت قــد وافقت على التعاقد من الباطن فــإن ذلك كان كافياً لإعفائــه من غرامة التأخير، أعتقــد أن ليس هذا هو مقصود الحكم، وإنما هو بمثابة رد على تعلل المدعي بأن ذلك كان مــن تقصير المقاول من الباطن، وهذا تعلل غير نظامي لأن المقاول الأصلي مســؤول بالتضامن مع المقاول من الباطن وتعاقده من الباطن لا يعفيه من المسؤولية.

(٣٤٧) راجــع حكم المحكمة الإدارية رقم ٢٢٤/د/إ/٢ لعام ١٤٣٢هـ في القضية رقم ٣/١٤٤٣/ق لعام ١٤٣١هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٧٥ لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم ٤٣٩٣/ق لعام ١٤٣٢هـ.

وبالتـالي ينبغي في هذه الحالة أن تكون له علاقة مباشرة مع الجهة لإمكانية مسـاءلته مع المتنازل إليه، ويكون له رفع الدعاوى العقدية وكذلك يمكن رفعها عليه. فالحلول يتشابه مع التنفيذ على الحساب غير أن الأول بمبادرة المتعاقد والثاني جزاء يوقع عليه.

وهـو ما يفهـم من مفهوم المخالفة فيما قضى به الديوان بأنـه «لا يحق لمن تنازل إليه المقاول الأصلي عن العقد المطالبة بأي مستحقات تجاه الجهة الإدارية طالما لم توافق كتابةً على هذا التنازل»(٣٤٨).

هـذا ولا يعد كمبدأ عام تنازل المتعاقد كليـاً أو جزئياً دون علم الجهة الإدارية من باب الغش أو التحايل أو التلاعب، وفقاً لما ذهب إليه ديوان المظالم حيث قضى بأن «تنفيذ المقاول لأعماله بواسطة مقاول من الباطن دون إذن الإدارة صاحبة العمل لا يعد في كل الأحوال من بـاب الغش أو التحايل أو التلاعب حتى يوصـف بذلك، أما كون التنازل مخالفة، فان مجرد مخالفة المادة ليس هو المقصود بالغش أو التحايل أو التلاعب بل لابد من ثبوت ذلك»(٣٤٩).

وهـو صحيح ما ذهب إليه الحكم فالمخالفـة في هذا الإطار شيء، ودمغ المتعاقد بصفة التلاعب أو الغش أو التحايل شيء آخر، لتوقف ثبوت هذه الصفات ليس على ذات المخالفة، بل على ما أحاط بها من ظروف لابستها، فهي التي تعطي التوصيف لهذه الحالات، ولاشك أن كل ذلك يكون متعلقاً بكل حالة على حده.

وتجدر الإشـارة أخـيراً إلى ان هذا الالتزام طبيعتـه أنه ليس بذل عنايـة، ولكنه التزام بتحقيـق نتيجة وفقاً للـشروط المنصوص عليها، حيث يلتزم المتعاقـد بتحقيق الغاية التي استهدفها التعاقد(٣٥٠)، حيث لا يستطيع المتعاقد الاحتجاج للتنصل من التزاماته العقدية أنه بـذل عنايته لتحقيق ذلك، فلا يعفى المتعاقـد من تنفيذ التزاماته، إلا بالقوة القاهرة وهي تلك التي يستحيل معها تنفيذ العقد(٣٥١).

(٣٤٨) راجع حكم هيئة التدقيق رقم ٦٧٨/ت/١ لعام ١٤١١هـ مجموعة القضاء الإداري، مرجع سابق، ص١٣٠.

(٣٤٩) راجع حكم هيئة التدقيق رقم ٣٢/د/ج/٤ لعام ١٤٢٠هـ في القضية رقم ١/٦٧/ق لعام ١٤١٩هـ مشـار إليه لدى د. عبد الله الوهيبي، مرجع سابق، ص٣٧٥.

(٣٥٠) راجع د. هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشـغال العامة، رسـالة دكتوراه جامعة عين شـمس، ١٩٧٩، ص ٣٧٢، مشـار اليها لدى د. عبد العزيز خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسـوية منازعاته، منشـأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠١٤، ص٢٥٥.

(٣٥١) راجع د. عبد العزيز خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته، مرجع سابق، ص٢٥٤.

خامساً: تنفيذ العقد بحسن نية:

نصت المادة (٧٧) من النظام على أنه «يجب على المتعاقدين والجهات الحكومية تنفيذ عقودهم وفقاً لشروطها وبحسن نية وبما يقتضيه حسن سير المرفق العام ومصلحته».

فتنفيذ العقد بحسن نية كما هو التزام على الإدارة فهو أيضاً التزام على المتعاقد، فعليه أن يقوم بتنفيذ العقد بحســن نية، بعيداً عن الغــش والتلاعب والتحايل، ويعد أداء العقد بكامــل شروطه ومواصفاتــه، واتباع تعليمات التنفيذ، والتجاوب مــع التعديلات المطلوبة، وتســليم الأعمال في المواعيد المحددة لمعاونة الجهــة الحكومية في تحقيق المصلحة العامة، كل هذا يعد بلا ريب من أساسيات حسن النية في التعامل.

وأعتقــد أنه من باب حســن النية أيضاً تطبيق المتعاقد لنص المــادة (٤٨) من اللائحة والتي يجري نصها «يعتبر المتعاقد في عقود الأشــغال العامة مسؤولاً عن مراجعة التصاميم الهندســية والفنية بكامل تفاصيلها، وعليه إخطار الجهة بالأخطاء الفنية المؤثرة على سلامة المنشــآت، أو ما يجد من أخطاء في المواصفات أو المخططات فور اكتشافها، كما يجب عليه مراجعة تقارير وتوصيات فحص التربة. ولا يعفي ذلك الاستشــاري المصمم أو المشرف من مسؤولياتهما العقدية».

سادساً: ضمان سلامة التنفيذ:

يبقــى المشروع وفقاً للمادة (١٠٧) من اللائحة تحت ضــمان المتعاقد، مدة لا تقل عن (ســنة)، اعتباراً من تاريخ الاستلام الابتدائي، وتبدأ هذه المدة لنواقص المشروع (إن وجدت) من تاريخ استلامها، ويلتزم المتعاقد خلال هذه السنة بما نصت عليه المادة ١٠٨ من اللائحة بصيانة وإصلاح واستبدال ما يظهر من عيوب في المواد المستخدمة، أو عيوب في التنفيذ، ولا يحول استلام الجهة للأعمال مع عدم إبداء ملاحظاتها عليها، أو ما يظهر من نواقص، أو مواد مخالفة للمواصفات، مما لم يتم تداركه أثناء الاستلام الابتدائي، دون التزام المتعاقد بضمانها وصيانتها، وإذا لم يلتزم بذلك، تنفذ الأعمال على حســابه، بعد إنذاره، بالطريقة التي تراها الجهة مناســبة، بما لا يتجاوز الأسعار السائدة . ولا يشمل الضمان والصيانة، أعمال الصيانة الدورية أو العادية الناتجة عن الاســتخدام، ما لم يرجع ســبب ذلك وفقاً للأصول الفنية إلى عيب في المواد أو في التنفيذ.

بالإضافة إلى هذا الضمان الســنوي، يضمن المتعاقد ما يحدث من تهدم كلي أو جزئي لما أنشــأه خلال عشر سنوات من تاريخ تسليمه إياه للجهة الحكومية تسليماً نهائياً، متى كان ذلك ناشــئاً عن عيب في التنفيذ، ما لم يكن المتعاقدان قد اتفقا على بقاء المنشآت لمدة أقل من عشر سنوات[٣٥٢].

تلــك كانت التزامات المتعاقد مع الجهة الإدارية التي تمليها طبيعة العقود بشــكل عام والعقود الإدارية بشكل خاص تحقيقاً للصالح العام.

(٣٥٢) راجع المادة ٧٦ من النظام.



٢٦٠

الفصل الثاني
حقوق المتعاقد مع الجهة الإدارية

يتقابل مع التزامات المتعاقد اعتماد مجموعة من الحقوق، حيث لا يهدف المتعاقد من وراء تعاقــده أن يتحمــل كل هذه الالتزامات دون أن يكون له عــلى الأقل حقوق توازيها، وليس من شــك في أن الحقوق المالية باختلاف أنواعها ودواعي الحصول عليها هي المطلب الجوهري من وراء التعاقد.

ويمكن دراسة حقوق المتعاقد في مبحثين كما يلي:

المبحث الأول

الحصول على المقابل المالي:

يعد المقابل المالي كما تمت الإشـارة هو الدافع الرئيـسي للتعاقد، وهو حق للمتعاقد لا يمكن المساس به إلا في الحدود التي نظمها القانون.

هذا وإن كان الأصل أن يكون المقابل المالي نقدياً فإنه قد يكون - استثناءً - عينياً[٣٥٣] كما قـد يكون نقدياً وعينيـاً في ذات الوقت [٣٥٤]، وكما قد يكون المقابل نقدياً أو مادياً تتحمله

---

(٣٥٣) راجـع المـادة (١٣) من لائحة التصرف في العقارات البلدية والتي نصت على أنه « يجوز بموافقة من الوزير تطوير واستثمار الأراضي المخططة على النحو الآتي:

١- الأراضي المخططـة والمخصصة للسـكن: تطوير الأراضي المخططة والمخصصة للسـكن بتزويدها بالخدمات الأساسـية اللازمة؛ (سفلتة وأرصفة وكهرباء ومياه وصرف صحي) عن طريق أحد المستثمرين على أن يتم تسديد تكلفة تنفيذ هذه الخدمات للمستثمر بإحدى الطريقتين الآتيتين:

الطريقة الأولى: تمكين المسـتثمر من حق الانتفاع بنسـبة من الأراضي المطورة لفترة زمنية معينة وذلك وفق ما هو وارد في المادة (الحادية والعشرين) من هذه اللائحة.

الطريقة الثانية: التنازل عن نسبة من ملكية الأراضي المطورة لصالح المستثمر على ألا تتعدى هذه النسبة (٢٠٪) من المساحة الإجمالية الصافية لهذه الأراضي بعد التطوير، ويستثنى من الأراضي المتنازل عنها ما يقع منها على شارع تجاري».

(٣٥٤) راجع المادة (٦٧) من النظام والتي تنص على أنه «يجوز للجهة الحكومية توفير بعض احتياجاتها بالاستئجار، أو استبدال ما لديها من أجهزة ومعدات بأخرى جديدة، وفقاً للضوابط التي تحددها اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكوميـة لهـذا النظام، وقد نصت اللائحة على ضوابط ذلك حيث نصت المادة (٧٥) على أنه «على الجهات الحكومية عند رغبتها استبدال ما لديها من أجهزة أو معدات بأخرى جديدة، مع دفع الفرق في القيمة، مراعاة الضوابط التالية:

١- انتهاء العمر الافتراضي للأجهزة، أو أن تكون من الأجهزة التي لها صفة التطور المستمر، أو تكون تكلفة الصيانة وقطع الغيار مرتفعة، مقارنة بتكلفة الأجهزة الجديدة وصيانتها.

٢ - أن يحقق الاستبدال وفراً للخزينة العامة أفضل من البيع.

٣- تشـكل لجنة فنية من الجهة لمعاينة الأجهزة القديمة، وإعداد تقرير فني عنها، يشـمل ما ذكر في الفقرتين (١، ٢) من هذه المادة، مع إيضاح تاريخ شرائها وتكلفتها المؤمنة بها، وحالتها الراهنة، وقيمتها التقديرية.

٤- تضمـن شروط ومواصفات الأجهزة الجديدة المطروحة للتنافس القيمة التقديرية للأجهزة القديمة، ويكون التنافس في قيمة الأجهزة الجديدة .

٥- أن يسمح البند المختص لدى الجهة بخصم كامل تكلفة الأصل الجديد .

٦- يخصم إجمالي تكلفة الأصل الجديد من الاعتماد المخصص، ويتم قيد قيمة الأصل القديم للإيرادات كمبيعات حكومية، ويصرف للمورد الأصل القديم مع فرق القيمة» .

الجهـة المتعاقدة، فإنـه يمكن أن يتحمله المنتفعون بالخدمة كـما في بعض عقود الالتزام، وأخـيراً في هذا الشـأن فإنه لا تختلف الطبيعة القانونية لهـذا المقابل المالي أياً كان وصفه نقدياً أم مادياً، وأيا كانت تسميته ثمناً أو مرتباً أو رسماً، في أنه حق للمتعاقد مع الإدارة لا يجوز المساس به ولا يخضع لسلطة الإدارة المنفردة في التعديل المقررة لها نظاماً.

هذا وتدفع المسـتحقات المالية بالريال السـعودي، ولا مانع من أن تدفع بعملة أخرى ولكن بعد التنسـيق من الجهة الحكومية مع وزارة المالية، على أنه منعاً للتضارب في أسعار الصرف بين العملات لا يجوز دفع المستحقات بأكثر من عملة[٣٥٥].

تعني هذه المادة أن الأصل أن تدفع المسـتحقات المالية بكافة صورها بالعملة الوطنية (الريال السـعودي) غير أن النص قد أتاح إمكانية الدفع بعملة أخرى غير أنه لم يحدد حداً ماليـاً لذلك، ولم تضع اللائحة ضوابـط لهذه العملية، وإنما حدد فقط التنسـيق مع وزارة المالية وبالتالي تكون المسـألة وفقاً لتقدير وزارة المالية، غير أنه تلزم الإشـارة إلى أنه صدر الأمر السـامي رقم ٨/١٤٣٠ وتاريـخ ١٣٩٩/٩/٧هـ والذي تضمن أن «تقـوم وزارة المالية والاقتصـاد الوطنـي بدفع قيمة العقود التـي تجاوز قيمتها ثلاثمائة مليـون ريال بالدولار الأمريكي وإعطائها الحق في الاستثناء من ذلك»، وفي ضوء ذلك صدر تعميم وزارة المالية رقم ٩٩/٥٧٥٢ وتاريخ ١٣٩٩/١٢/٢ متضمناً القواعد التنفيذية والتي تتمثل في:

أولاً: تطبق هذه القواعد على جميع العقود التي تبرم مع مؤسسات أجنبية أو مؤسسات سعودية أجنبية مشتركة.

ثانيـاً: عند إعلان الدعوة لتنفيذ مشروع تبلغ قيمة الاعتماد المخصص له ثلاثمائة مليون ريـال فأكثر، فإنه يلـزم تضمين الشروط نصاً يوجب على مقدمي العطاءات أو المؤسسـات الأجنبية أو المؤسسات الأجنبية السعودية تقديم عروضهم بالدولار الأمريكي فقط.

ثالثاً: بالنسـبة للمشـاريع التي طرحت في المناقصة أو صدرت الدعوة لتقديم عطاءات

(٣٥٥) راجع المادة (٣٧) من النظام والتي يجري نصها «تدفع قيمة العقود بالريال السعودي. ويجوز أن تدفع بأي عملة أخرى بعد التنسيق مع وزارة المالية. وينص في شروط المنافسة على العملة التي يقدم بها العرض، على أنه لا يجوز دفع قيمة العقد بأكثر من عملة واحدة».

بتنفيذها قبل هذا تاريخ هذا التعميم، فعلى الجهة المختصة المبادرة إلى إبلاغ المؤسسات المدعوة لتقديم العطاءات بهذه القاعدة.

رابعاً: يتم إبرام العقد بالدولار الأمريكي.

خامساً: ترحل حسابات المشروع بالريال السعودي وتصدر أوامر الدفع الخاصة باستحقاقات المقاولين بالريال السعودي أيضاً، مع إيضاح ما يعادله بالدولار الامريكي ويتم معادلة السعر طبقاً للنشرة الرسمية التي تصدرها مؤسسة النقد العربي السعودي وفقاً لما هو جار العمل به، وعند صدور نشرة جديدة يعدل السعر المعمول به بتطبيق السعر الجديد بموجب القاعدة المعمول بها.

سادساً: أما بالنسبة للمقاولين السعوديين أي المؤسسات التي تكون بالكامل لسعوديين وقائمة ومسجلة في المملكة فإن لهم حق طلب التعاقد بالريال أو الدولار الأمريكي وعليهم تحديد العملة المطلوبة في عطائهم.

سابعاً: جميع العقود التي تقل قيمتها عن ثلاثمائة مليون ريال يتم توقيعها بالريال السعودي ويدعى لتقديم عطاءاتها بالريال أيضاً.

ثامناً: بالنسبة للحالات الاستثنائية أو الحالات التي لم يتناولها هذا التعميم، فإن بإمكان الجهة الإدارية التعاون مع وزارة المالية (الشؤون المالية والحسابات) حولها.

تاسعاً: إبلاغ الأجهزة المختصة ولجان المناقصات بذلك لتطبيقه[٣٥٦].

هذا وإن كانت المشتريات تؤمن من الخارج بما يقتضي أن يكون ذلك بالدولار فلا حاجة لموافقة وزارة المالية كما أشار إلى ذلك خطابها رقم ١٧٩٤٥/١٢ وتاريخ ١٤٠٦/٤/٢٤هـ[٣٥٧].

وتبدأ الحقوق المالية مع الدفعة المقدمة التي نصت عليها المادة (٣٨) من النظام بقولها: «يجوز للجهة الحكومية أن تدفع للمتعاقد معها دفعة مقدمة من استحقاقه بنسبة

(٣٥٦) راجع د. عبد الله الوهيبي، مرجع سابق، ص٤٦٩، ٤٧٠، وقد صدر التعميم السامي رقم ٢٢٦١/٤/م وتاريخ ١٤٠٤/٧/١١هـ القاضي بعدم دفع قيمة العقود بأكثر من عملة واحدة واستمر العمل بالأمر السامي رقم ٨/١٤٣٠ المشار إليه. المرجع ذاته، ص٤٧٠.

(٣٥٧) راجع د. عبد الله الوهيبي، مرجع سابق، ص٤٧٠.

(٥٪) خمســة في المائة من القيمة الإجمالية للعقد[٣٥٨]، بشرط ألا تتجاوز قيمة الدفعة مبلغ خمسين مليون ريال أو ما يعادلها مقابل ضمان بنكي مساوٍ لهذه القيمة، وينص على الدفعة المقدمة، إن وجدت، في الشروط والمواصفات عند طرح المنافســة، وتحسم هذه الدفعة من مستخلصات المتعاقد على أقســاط ابتداءً من المستخلص الأول، وفقاً للضوابط الموضحة في اللائحة التنفيذية».

وأول هــذه الضوابط قررته المــادة (٥٢) من اللائحة بالنص عــلى أن «يجب أن يكون ضــمان الدفعة المقدمة مســاوياً لقيمتها، وأن يكون ســاري المفعول حتى اســترداد كامل الدفعة، وتقوم الجهة بإشعار البنك مصدر الضمان بتخفيض قيمته بنفس النسبة التي يتم اســتردادها من الدفعة المقدمة، طبقاً للمســتخلصات، وفي تاريخ الحسم، ودون طلب من المتعاقد».

وباقــي هذه الضوابــط نصت عليها المــادة (٦٢) من اللائحة بقولهــا: «تصرف الدفعة المقدمة من اســتحقاق المتعاقدين وفقــاً للأحكام الواردة في المــادة (الثامنة والثلاثين) من النظام، مع مراعاة الضوابط التالية:

---

(٣٥٨) تم تعديل هذه النســبة إلى ١٠٪ بقرار مجلس الوزراء رقم ٢٣ وتاريخ ١٤٢٨/١/١٧هـ أم القرى الســنة ٨٣ العدد: ٤١٣٩ الجمعة ١٩ صفر ١٤٢٨هـ الموافق ٩ مارس ٢٠٠٧م والذي يجري نصه: «.. تعديل قيمة الدفعة المقدمة التي تصرف للمقاولين عند توقيع المشاريع والعقود الحكومية لتكون بنسبة (١٠٪) عشرة في المائة من قيمة العقد، بشرط ألا تتجاوز مبلغ)٥٠٠٠٠٠٠٠(خمسين مليون ريال أو ما يعادلها مقابل ضمان بنكي مساوٍ لهذه القيمة، وينص على الدفعة المقدمة في الشروط والمواصفات عند طرح المنافسة وتحسم على أقساط ابتداءً من المستخلص الأول، وذلك اســتثناءً من حكم المادة (الثامنة والثلاثين) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٨) وتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ على أن يكون هذا الاستثناء لمدة (٥) سنوات ابتداءً من السنة المالية١٤٢٨/١٤٢٧هـ». وقد عدلت هذه النسبة إلى (٢٠٪) بقرار مجلس الوزراء رقم (١٥٥) وتاريخ ١٤٢٩/٦/٥هـ قواعد وإجراءات معالجة التأخــير في تنفيذ المشــاريع الحكومية في البنــد الأول حيث نص على أن «تكون الدفعة المقدمة لمقاولي المشــاريع الإنشــائية – المنصــوص عليها في قرار مجلس الــوزراء رقم (٢٣) وتاريخ ١٤٢٨/١/١٧هــ - (٢٠٪) عشرين في المائة من قيمة العقد وفقاً للمدة الواردة في قرار مجلس الوزراء المشــار إليه للمشــاريع الجديدة التي أبرمت اعتباراً من ١٤٢٩/١/١هـ مقابل ضمان بنكي مساوٍ لهذه الدفعة. ويجوز للجهة بالنسبة إلى المشاريع القائمة صرف دفعة قدرها (٢٠٪) عشرون في المائة من قيمة الأعمال المتبقية في العقد مقابل ضمان بنكي مســاوٍ لهذه الدفعة للعقود المبرمة حتى تاريخ ١٤٢٨/١٢/٣٠هـ، واستمر العمل بذلك في قرار مجلس الوزراء رقم ٢٨٣ بتاريخ ١٤٣٢/٩/٢٢هـ وذلك إلى أن صدر قرار مجلس الوزراء رقم ١٦٠ وتاريخ ١٤٣٦/٣/٢٨ه الذي أنهى العمل بذلك لتعود إلى مقدارها الذي نص عليه النظام ٥٪ من قيمة العقد.

١- التأكد من توفر السيولة المالية اللازمة في الاعتماد المخصص قبل النص على صرف الدفعة المقدمة في شروط المنافسة.

٢- تـصرف قيمـة الدفعة المقدمة بعد تقديـم المتعاقد الضمان الخاص بها، وتسـتوفى من مسـتحقاته على دفعات بنسـبة مساوية (للنسـبة المئوية) للدفعة المقدمة، وذلك من قيمة كل مستخلص، اعتباراً من المستخلص الأول.

٣- لا يجوز صرف دفعة مقدمة عند تجديد العقود القائمة، أو تمديدها، أو التكليف بأعمال إضافية.

٤- تراعى الضوابط المتعلقة بضمان الدفعة المقدمة المشار إليها في المادة (الثامنة والثلاثين) من النظام والمادة (الثانية والخمسين) من هذه اللائحة».

هذا ويتغير حق المتعاقد في الدفعة المقدمة من الوجوب إلى الجواز أو العكس حسـب نصوص الاتفاق ولذلك قضى ديوان المظالم بأنه «لا يسـتحق المقاول تعويضاً عن عدم منحه دفعة مقدمة إذا كان العقد ينص على أن ذلك جوازي لجهة الإدارة»[٣٥٩].

أما الحصول على المقابل المالي فإنه يمكن تحديده فيما يلي:

تصرف المسـتحقات المالية عـن الأعمال المنفذة وفقـاً لمانصت عليه المـادة (٣٩) من النظام بأن "تصرف مسـتحقات المقاول على دفعـات طبقاً لما يتم إنجازه من عمل بموجب المسـتخلصات التي تعتمدها الجهة الحكومية" وهذا ما أكدته بشـكل مفصل المادة(٦٣) من اللائحة بقولها: «تصرف مسـتحقات المتعاقدين وفق ما يتم إنجازه من أعمال، بعد أن يحسـم ما يتحقق على المتعاقد من غرامات أو حسومات أخرى، وفقاً لشروط التعاقد. على ألا تتجاوز مدة الصرف ثلاثين يوماً من تاريخ إجازة المراقب المالي لأمر الدفع أو الشيك».

كـما يجـوز طبقاً للمادة (٦٤) من اللائحة دفع قيمة العقـود الخارجية عن طريق فتح اعتمادات مستندية، وفقاً للائحة الاعتمادات المستندية المعتمدة من وزارة المالية.

وأجـازت المادة (٤١) من النظام «للجهة الحكومية عند الحاجة وبعد الاتفاق مع وزارة المالية أن تنفذ بعض مشـاريعها بحيث تسدد التكاليف على أقساط سنوية، على أن تطرح

(٣٥٩) راجع حكم هيئة التدقيق رقم ٧٥٣/ت/١ وتاريخ ١٤١١ هـ مجموعة القضاء الإداري، مرجع سابق، ص١٥٦.

مثل تلك الأعمال في منافسة عامة».

وإذا كان الأصل أن تصرف المســتحقات حســب ما تم إنجازه من أعمال فإن النظام قد احتاط ضماناً لما قد يكون من إخلال في التنفيذ أو التأخير فيه، أو للاستيثاق من إنهاء بعض الالتزامــات المقررة على المتعاقد لجهات أخرى فقــد نصت المادة (٤٠) من النظام على أن: «يصرف المســتخلص الأخير الذي يجب ألا يقل عن (١٠٪) عشرة في المائة في عقود الأشــغال العامة وعن (٥٪) خمســة في المائة في العقود الأخرى بعد تســليم الأعمال تسليماً ابتدائياً، أو توريد المشــتريات» كما نصت المــادة (٦٦) من اللائحة أنه مع مراعــاة ما ورد في المادة (الأربعين) من النظام، يصرف المســتخلص الختامي بعد تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية كافة، وتقديمه الشهادات التالية :

١- شهادة من مصلحة الزكاة والدخل، تثبت تسديد الزكاة أو الضريبة المستحقة.

٢- شهادة من المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، بتسجيل المنشأة في المؤسسة، وتسديد الحقوق التأمينية.

٣ - الشهادات التي يتوجب تقديمها بموجب نماذج العقود المعتمدة.

وقــد أجازت اللائحة أن يتنازل المتعاقد عن حقوقــه المالية ولكن تحت ضوابط معينة، تبــدأ بموافقة الجهة المتعاقدة مروراً بأن يكون ذلك وفقاً لصيغة التنازل المعتمدة من وزارة المالية، وصولاً إلى عدم التأثير على تنفيذ العقد حســب الشروط والمواصفات، أو التأثير على حقوق الجهة المتعاقدة أو غيرها من الجهات الحكومية تجاه المتعاقد[٣٦٠].

ومن تطبيقات الديوان في هذا الشــأن ما قضى به إنه «وحيث إن العقد يرتب التزامات متبادلــة بين طرفيه، وهي أن يقوم المدعي بــأداء الأعمال التي التزم بأدائها بموجب العقد، وفي المقابل تلتزم الجهة المدعى عليها بدفع المســتحقات التي التزمت بأدائها للمقاول عن الأعمال التي قام بتنفيذها، وحيث إن المدعى عليها لا تنازع في أن المدعية قد أوفت بجميع التزاماتهــا المتفق عليها بالعقد الموقــع بين الطرفين، فهي ملتزمة بالتالي بأداء مســتحقات المقــاول عن الأعمال التي قــام بتنفيذها وليس لهــا البحث عن أســباب للتنصل من هذا

(٣٦٠) راجع المادة ٦٧ من اللائحة.

الالتزام قال رسـول الله صلى الله عليه وسـلم فيما يرويه عن ربه عز وجل أنه قال: «ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة وذكر منهم رجلا اسـتأجر أجيراً فاسـتوفى منه ولم يوف أجره» رواه البخـاري، وحيث الأمر ما ذكـر فإن على المدعى عليها أن تدفع للمدعية ما تبقى من قيمة العقد، وهو قيمة مسـتخلص شـهر ذي القعدة عام ١٤٢١هـ وقـدره(١٢٣٥٠٠٠) مليون ومائتان وخمسة وثلاثون ألف ريال..» [٣٦١].

وقـضى الديوان أيضاً بأنه «وأمـا فيما يتعلق بموضوع الدعوى فمـن حيث إن النزاع بين الطرفـين من حصر حول واقعة التسـليم النهائي للعملية محل العقـد، وكذا الملاحظات التي تـم تدوينها عليه بمحضر التسـليم الابتدائي، وما يترتب عليها مـن الرفع ومدى قيام المدعي «المقاول» باسـتيفاء الملاحظات التي تم حصرها على العملية بمحاضر المعاينة في هذا الشأن، والدائرة بدراسـتها لكافة المسـتندات المقدمة في الدعوى فقد تحقق لهـا أن امتناع المدعى عليها عن تسـليم المدعي المسـتخلص النهائي للعملية غير مشروع، وذلك من حيث إن العقد شريعة المتعاقدين وأن الأجر مقابل العمل، وقد نصت المادة السادسة من العقد على أن يلتزم (صاحب العمل بتسديد قيمة العقد بالطريقة وفي الأوقات المحددة في الشروط العامة مقابل قيـام المقاول بتنفيـذ وإتمام الأعمال وبالرجوع إلى أحكام الـشروط العامة للعقد فقد نصت الفقرة (ب) من المادة (٥٠) بأن يتم صرف المستخلصات بشكل دوري مرة كل شهر على الأقل وفـق ما يتم إنجازه من أعمال، ويؤجل صرف المسـتخلص الأخير الـذي لا يقل عن ١٠٪ من قيمة العقد أو قيمة الأعمال المنجزة حتى يتم الاسـتلام الابتدائي للمشروع وتقديم الشهادات اللازمـة لذلك، والثابت مما سـبق أن المدعى عليها قد أخطأت في حجزها لمبلغ المسـتخلص الأخير للأعمال المنجزة كاملاً وبما يتجاوز نسـبة الـ١٠٪ من قيمة العقد حيث إن قيمة العقد الإجمالية (مليون وثلاثمائة وسـبعة وثمانون ألفاً وسـتمائة ريال) والنسبة التي يجوز للجهة الإدارية حجزها لا يجوز أن تزيد بحسب العقد عن مبلغ مائة وثمانية وثلاثين ألف وسبعمائة وسـتين ريـالاً(١٣٨٧٦٠) أو أن يتم حجز مبلغ يعادل قيمة الأعمال التـي لم ينجزها المقاول؛ بحيـث يصرف له بمقدار ما أنجزه ويتم إيقـاف المبلغ المتبقي حتى إنجاز الملاحظات، خاصة وأنه يوجد لدى الإدارة - كما تنص عليه العقود الحكومية - ما قيمته ٥٪ كضمان نهائي يمكن

---

(٣٦١) راجع حكم الدائرة الإدارية، الحكم رقم ١١٠/د/إ/٢ لعام ١٤٢٦هـ في القضية رقم ١/٩٠٨/ق لعام ١٤٢٤هـ المؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم ٥٤٩/ت/١ لعام ١٤٢٧هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٢٧هـ مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٦٧٥.

تسـييله واتخاذ إجراءات التنفيذ على الحسـاب المعروفة نظاماً والرجـوع على المقاول بأية مستخلصات لدى الإدارة إذا ثبت عدم قيامه بإنجاز الأعمال المكلف بها»[٣٦٢].

هذا ولا يقبل الديوان التعويض عن التأخير في صرف المستحقات حيث قضى الديوان بأن «المطالبة بطلب التعويض عن مجرد التأخير للصرف لا يجوز، لأنه من الربا المحرم بالكتاب والسنة والإجماع، قال تعالى : (ولا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة) وقال تعالى: (الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشـيطان من المس). وقال جل ذكره: (وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين*فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكـم لا تظلمـون ولا تظلمون) وهذا صريح في منع أخذ الزيادة على أصل الحق وقال صلى الله عليه وسـلم: (كل ربا الجاهلية موضوع تحت قدمي هاتين، وأول ربا أضعه ربـا العباس) وهل هناك أصرح من هذا في إبطال الربا ومنع التعامل به، وقد لعن رسـول الله صلى الله عليه وسلم آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه، وأولى من هؤلاء من يحكم به، وجاء ولما كان التعويض عن تأخر الصرف إنما يكون لجبر ضرر تحقق وقوعه بسبب التأخير لأن التعويـض عن مجرد التأخير في الصرف لا يجوز، لكونه يعد صورة من صور الربا المحرم المجمـع على تحريمه وقد جاء في قـرار المجمع الفقهي في دورته الحادية عشرة المنعقدة في مكة المكرمة في الفترة من ١٣ على ١٤١١/٧/٢٠هـ «أن الدائن إذا شرط على المدين أو فرض عليـه أن يدفع له مبلغاً من المال غرامة جزائية محددة بنسـبة معينة بسـبب التأخر عن السداد في الموعد المحدد بينهما فهو شرط أو فرض باطل، ولا يجب الوفاء به ولا يحل سواءً كان الشارط هو المصرف أو غيره، لأن هذا بعينه هو ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه» ولـو جـاز التعويض عن تأخر الصرف لسـاغ لكل صاحب حق تأخر مـن رواتب ومكافآت وغيرهـا من الحقـوق أن يطالب بالتعويض بدعوى أنه تضرر من تأخر الصرف، وأنه اقترض أو استدان أو باع ممتلكاته لسداد ما عليه من التزامات ولم ينقل عن أحد من العلماء الذين يعتد بقولهم جواز هذا التعويض.

ولـو جاز هذا التعويض لجاز التعويض عن التأخير في صرف التعويض المحكوم به حيث لا فرق، إذ تأخير كل منهما يفوت الانتفاع به وبذلك يتحقق قول الجاهلين كلما حل الدين

(٣٦٢) راجـع حكم المحكمة الإدارية رقم ١٧٣/د/إ/٢٣ لعام ١٤٣٢هـ في القضية رقم ٥/٦٧٢/ق لعام ١٤٣١هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٣١٠ لعام ١٤٣٢هـ (حكم غير منشور).

ولم يسد المدين إما أن توفي وإما أن تربي فيزيد في الدين مقابل التأجيل»[٣٦٣].

وقضى أيضاً بأنه "ولما كان التعويض عن تأخر الصرف إنما يكون لجبر ضرر تحقق وقوعه بسـبب التأخـير، لأن التعويض عن مجرد التأخير في الصرف لا يجـوز لكونه يعد صورة من صـور الربا المحرم المجمع على تحريمه وقد جاء في قـرار المجمع الفقهي في دورته الحادية عـشرة المنعقدة في مكة المكرمة في الفترة من ١٣ على ١٤١١/٧/٢٠هـ « أن الدائن إذا شرط على المدين أو فرض عليه أن يدفع له مبلغاً من المال غرامة جزائية محددة بنسـبة معينة بسبب التأخر عن السداد في الموعد المحدد بينهما فهو شرط أو فرض باطل ولا يجب الوفاء به ولا يحل سـواءً كان الشـارط هو المصرف أو غيره، لأن هذا بعينه هو ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه» ولو جاز التعويض عن تأخر الصرف لسـاغ لكل صاحب حق تأخر من رواتـب ومكافآت وغيرها من الحقـوق أن يطالب بالتعويض بدعـوى أنه تضرر من تأخر الصرف وأنه اقترض أو اسـتدان أو باع ممتلكاته لسـداد ما عليه من التزامات ولم ينقل عن أحد من العلماء الذين يعتد بقولهم جواز هذا التعويض..»[٣٦٤].

وقـضى الديوان في أحدث أحكامه بذلك فقضى بأن «التعويض عن تأخر دفع المال بمثله لا يخلو من شبهة الربا المحرم شرعاً مما تقضي معه الدائرة برفضه»[٣٦٥].

غـير أنه قد قضى أحـد الأحكام بأن «ثمة فارق جوهري بين حصول الدائن على مقابل مالي نتيجة إمهاله المدين في السـداد وهو ربا النسـيئة المحرم شرعاً، وبين إلزام المتعاقد بالتعويض عـن الأضرار التـي لحقت بالتعاقد معـه نتيجة عدم الوفاء بقيمة الأعـمال التي أداها الأخير وآلت إلى الأول، واسـتفاد بها بالانتفاع والاسـتغلال في حين لا يجد الأخير ما يدفعه لعماله من أجر مقابل أدائهم لهذه الأعمال، كما لا يجد ما يسـدد به قيمة معداته وآلاته التي استخدمها في التنفيذ، والتي يشـتريها غالباً من الغير، ناهيك عن حاجته إلى المال ليكف نفسه وأهله عن السـؤال، وهو أول حقوقه المشروعة وتؤكد هذه الأحقية قواعـد العدالة وفقه القضاء وتدبر

(٣٦٣) راجع حكم هيئة التدقيق رقم ٢٥٣/ت/١ لعام ١٤٢٠هـ في القضية رقم ١/٣٨٦ /ق لعام ١٤١٧هـ (حكم غير منشور).

(٣٦٤) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ٩٢/د/إ/٥ لعام ١٤٣١هـ في القضية رقم ٥/١٦٥٩ /ق لعام ١٤٣٠هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٦٣ لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم ٤٦٥٤/ق لعام ١٤٣١هـ (حكم غير منشور).

(٣٦٥) راجـع حكم المحكمـة الإدارية في القضية رقـم ١/٦٧١/ق لعام ١٤٣٤هــ المقيدة لدى محكمة الاسـتئناف برقم ٢٥٨٦/ق لعام ١٤٣٧ هـ بجلسة ١٤٣٧/٦/١٤ هـ (حكم غير منشور).

الأمور والاجتهاد في الوصول إلى الحق دون النكول عنه، رغم التسـليم بوجود خطأ بين وظلم فادح يقع على أحد الطرفين، وإذ لجأ إلى ساحة القضاء وجب إنصافه وإلا كان القاضي متخلياً عن رسالته بل ومتهماً بنكران العدالة وإعانة الظالم على ظلمه وهو ما لا يجوز شرعاً أو نظاماً، وقد استقرت هيئة التدقيق الإداري بإلزام الجهة الإدارية بتعويض المتعاقد معها عن التأخير في صرف المستحقات ومن ذلك الحكم رقم ٤٠/ت/١ لعام ١٤٠٩هـ في القضية رقم ١/١٠٥/ق لعام ١٤٠١هـ والحكم رقم ٤٢/ت/١ لعام ١٤١٤هـ في القضية رقم ٢/٤٧/ق لعام ١٤٠٨هـ والحكم رقم ٥٩/ت/١ لعـام ١٤١٥هـ في القضية رقم ١/٩٢/ق لعام ١٤٠٨هـ والحكم رقم ٧٥٢/ت/١ لعام ١٤١١هـ في القضية رقم ١/٩٢/ق لعام ١٤٠٨هـ. وأساس هذه الأحكام أن حدوث تقصير من جهة الإدارة المدعى عليها بإخلالها بالتزاماتها العقدية ينتج عنه خسـارة للمدعي المتعاقد معها، فإذا توافرت عناصر المسؤولية التقصيرية بأركانها الثلاثة الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، تعين التعويض بالقدر اللازم الذي يجبر الضرر المتحقق من الخطأ دون غيره»[٣٦٦].

وعـلى الرغم من وجاهـة الرأي الأخير فإن الأمر يحتاج إلى تحقيق شرعي دقيق في ضوء التصورات التي أشار إليها الحكم السابق، فالحكم الدقيق على الشيء فرع عن دقة تصوره.

(٣٦٦) راجع حكم الدائرة الإدارية رقم ١٢/د/إ/١ لعام ١٤١٦ه - الصادر في الدعوى رقم ١/٧٤/ق لعام ١٤٠٨هـ والذي نقض من هيئة التدقيق بالحكم رقم ١٠٥/ت/١ لعام ١٤١٦هـ في القضية رقم ١/٧٤/ق لعام ١٤٠٨هـ (حكم غير منشور).

المبحث الثاني

الحق في إعادة التوازن المالي للعقد:

ولأن الحصول على الربح طموح وحق مشروع، ولأن المصلحة العامة التي يقتضيها سير المرفق العام هي هدف إبرام العقود الإدارية، ولأن قواعد العدالة يجب أن تحيط الالتزامات والحقوق بسياج التوازن المالي المعقول الذي هو تطبيق للنية المشتركة للمتعاقدين، ولأنه لا ضرر ولا ضرار فقــد وجدت نظريات إعادة التوازن المــالي للعقد الإداري أو ما يطلق عليه التوازن الشريف[٣٦٧] بين الأداءات المتقابلة للعقد، والتي تتمثل في ثلاث نظريات، الأولى هي نظرية الظروف الطارئة، والثانية تســمى بنظرية عمل الأمير أو أعمال الســلطة، والثالثة تســمى بالصعوبات المادية غير المتوقعة، وسنبين إن شاء الله تعالى كل من هذه النظريات تفصيلاً كما يلي:

أولاً: نظرية الظروف الطارئة [٣٦٨]:

يعد تغير الظروف وعدم اســتقرارها على الأصعدة كافة سمةً من سمات العصر الحالي، وبالتالي فقد أضحى تطبيق النظرية يتردد كثيراً في الأحكام القضائية[٣٦٩] خاصةً وأن النظرية

---

(٣٦٧) راجع د. محمد بكر حســين، مرجع ســابق، ص١٠٤، وراجع د. محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود، مرجع سابق، ص٢٦٩.

(٣٦٨) - راجع في عرض نظرية الظروف الطارئة على سبيل المثال المراجع التالية:

د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٦٣٣ وما بعدها.

د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد، ١٩٣٤.

د. عبد العظيم عبد السلام، أثر الظروف الطارئة، والصعوبات المادية على تنفيذ العقد الإداري، دار الولاء للطبع والتوزيع، ١٩٩٠.

د. عبد الغني بسيوني عبد الله، النظرية العامة في القانون الإداري، منشأة المعارف الإسكندرية،٢٠٠٣.

د. محمد عبد الحميد أبو زيد، دوام سير المرافق العامة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه ١٩٧٥.

د. منصور نصر عبد الحميد، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على الالتزام العقدي في القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، ١٩٨٥.

(٣٦٩) راجع د. حمدي محمد العجمي، أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة، مجلة الإدارة العامة، معهد الإدارة العامة، الرياض، المملكة العربية الســعودية، المجلد ٤٧، العــدد ٣، رجب ١٤٢٨هـ يوليه ٢٠٠٧م، وراجع د.علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص٤٨٤، وما بعدها.

حيث أشــار إلى أثر تغير الظروف على الصعيد الدولي المادة ٦٢ من معاهدة فيينا لقانون المعاهدات الدولية المنعقدة في مايو ١٩٦٩، والتي نصت على أنه «لا يجوز الاستناد إلى التغيير الجوهري غير المتوقع في الظروف التي كانت سائدة عند إبرام المعاهدة كسبب لإنهاء المعاهدات أو الانسحاب منها إلا إذا توافر الشرطان التاليان:

ا- إذا كان وجود هذه الظروف قد كون أساساً هاماً لارتضاء الأطراف الالتزام بالمعاهدة.

ب- إذا ترتب على التغيير تبديل جذري في نطاق الالتزامات التي يجب أن تنفذ مستقبلاً طبقا للمعاهدة.

لم تعد ترتبط كحال نشـأتها بالمخاطر الاقتصادية، فالنظرية قابلة للتطبيق أياً كانت نوعية المخاطر اقتصادية كانت، أو طبيعية، أو سياسية.

هذا وتقـوم نظرية الظروف الطارئة، عندما تتغير الظـروف الكائنة وقت إبرام العقد، - وكذلك تلك التي تحسـب الأطراف حدوثها في المسـتقبل، والتي تم على أساسـها تحديد الالتزامات التعاقدية بين الأطراف - تغيراً لم يكن في الحسبان لدى أطراف العلاقة التعاقدية، وأصابت أحدهما بخسارة جسيمة، فأصبح يتحمل على حد تعبير البعض من الفقه الإسلامي ضرراً لم يستحقه بموجب العقد[٣٧٠].

وعـلى ذلك فإن هـذه النظرية تعد خروجاً عـن مبدأ سـلطان الإرادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وقد ظهرت هذه النظرية بشكلها القانوني بحكم مجلس الدولة الفرنسي الشـهير في٣٠ مارس ١٩١٦ في قضية شركة غاز بوردو وتتلخص وقائع هذه القضية - والتي تحـدد في حكمها معالم تلك النظرية - أنه بتاريخ ١٦ مارس ١٩٠٤ أصبحت الشركة العامة للإضاءة بمدينة بوردو الفرنسـية الملتزم بتوزيع الغاز والكهرباء لهذه المدينة لمدة ٣٠ سنة تبدأ من ١ يوليه ١٩٠٤، وقد حددت كراسـة الشروط أسـعار الاستهلاك حيث قسمتها إلى فئات مختلفة تبعاً لجهة الاستهلاك، ولقد استمر توزيع الغاز بالكيفية المتفق عليها وطبقاً للـشروط العقدية حتى كانت الحـرب العالمية الأولى، التي بددت تلك الترتيبات وأطاحت بالتوقعات كافة إذ جنت أسعار الفحم المادة الأولية لإنتاج الغاز ارتفاعاً لم يشهده السوق العالمي من قبل ففي يناير ١٩١٥ ارتفع سـعر الفحم من ٢٣ فرنكاً للطن – وهو متوسـط سـعر الطن للفحـم – إلى ٣٥ و٣٦ فرنك للطن، ولو توقف الارتفـاع عند ذلك الحد فلربما كان مقبـولاً، إلا أنه قفز في فبراير الشـهر التالي مبـاشرة إلى ٥٢ و٥٣ فرنكاً، وفي مارس من العام نفسه ارتفع إلى ٥٧ و٥٨ فرنكاً، ثم عاد للانخفاض قليلاً في شهور مايو ويونيه ويوليه وأغسـطس وسبتمبر من العام نفسه إلى ٤٥ و٤٦ فرنكاً ثم ارتفع بشكل كبير ليصل إلى ٧٣ و٧٤ فرنكاً في ديسـمبر من العام نفسـه وفي العام ١٩١٦ ارتفع ليصل إلى ١١٧ فرنكاً للطن ونتيجـة لهذا الارتفاع المفاجئ بهذه الصورة التي فاقت كل حدود التصور، وجدت الشركة نفسـها خاسرة لا محالة، وأنها لن تستطيع والحالة هذه أن تفي بالشروط المنصوص عليها

(٣٧٠) - راجع د. منصور نصر، مرجع سابق، ص١٣٩.

في العقــد بالصورة المتفق عليها، لجأت الشركة إلى الســلطة مانحة الالتــزام مطالبة إياها بتعديل شروط العقد فيما يتعلق برفع سعر الخدمة بما يساير الظروف المستجدة، رفضت الإدارة طلــب الشركة محتجة بالقوة الملزمة للعقد، وأن تنفيذ الالتزام وأن أصبح مرهقاً إلا أنه ليس مســتحيلاً، فالفحم وإن بدت أســعاره بهذه الصورة إلا أنه ما زال موجوداً ويمكن الحصول عليه بما لا يشــكل قوة قاهرة ، ولما يئســت الشركة من استجابة السلطة الإدارية تلــك، توجهت الشركة إلى مجلس مديريــة جيروند الذي رفض بتاريخ ٣٠ يوليه ١٩١٥ هذا الطلب، فما كان من الشركة والحالة هذه إلا أن توجهت إلى مجلس الدولة الفرنسي ليسطر حكــماً يضاف إلى قائمة أحكامه ذات المبادئ، وذلك في عبارات بليغة، وجمل رصينة، بعيداً عــن الإيجــاز الذي درج عليه في أحكامه مشــيداً بذلك نظرية من أهــم نظريات القانون الإداري حيث بدأ بعرض ما يمكن أن نطلق عليه مسلمات الالتزامات التعاقدية فقال: "إن القواعــد المتعلقة بعقد الالتزام تحــدد بطريقة قطعية من بداية العقد وحتى نهايته فيما بين الملتزم والجهــة مانحة الالتزام، فالملتزم يكون ملتزماً بتنفيذ الخدمة حســب الشروط الموقعة في الاتفاق مقابل ما يتقاضاه من المنتفعين بالخدمة طبقاً للشروط المتفق عليها، ثم قال المجلس: إن التغير في أسعار المواد الأولية، طبقاً للظروف الاقتصادية، يعتبر من مخاطر السوق التي قد تكون مناسبة أو غير مناسبة للملتزم، إن كل طرف من أطراف العقد يدرك جيــداً هذه المخاطر وبالتالي يضعها في اعتباره حــين إبرام العقد، وبالتالي اعتبر المجلس أن هناك مخاطر عادية ومحتملة، على الأطراف أن يتحملوها باعتبارها أوضاعاً طبيعية يمكن حدوثهــا وبهذا الاعتبار تعد معلومة لدى الأطراف، ثم اســتدرك المجلس بعد هذا العرض منعاً للبس أنه إذا كانت هناك مخاطر للســوق فإن ما حدث لم يكن من هذا الباب فقال: " لكن باســتيلاء العدو على معظم مناطق إنتــاج الفحم في أوربا، والصعوبات الناتجة عن ذلك فيما يتعلق بوسائل النقل عن طريق البحر من جراء الحرب، أدى ذلك كله إلى ارتفاع مفاجئ لأســعار الفحم المادة الأولية لصناعة الغاز، إن ما حدث بلغ في جســامته حداً فاق التصور العادي لمصطلح الحادث الاستثنائي فقد أدى ذلك إلى زيادة رهيبة في أسعار صناعة الغاز، هذه الزيادة بهذا الشكل لاشك أنها قد خيبت كل التوقعات والحسابات، وتجاوزت الحــدود القصــوى لأي زيادة كان يمكن أن يحتاط لها الأطــراف عند إبرام العقد، إن هذه الظروف المشــار إليها قد أدت وحتماً إلى قلب اقتصاديات العقد، لهذا فإن الشركة تؤسس

طلبها على أنها والحالة هذه لا تستطيع الوفاء بهذه الشروط المتفق عليها في أصل العقد والتي تضمن السير الطبيعي للمرفق.

وبعد هذا فقد قرر المجلس «أن الشركة وإن كانت هذه الظروف فعلاً ظروف طارئة، ولا تستطيع الشركة الوفاء بالتزاماتها المتفق عليها في ظل هذه الظروف، لكن ليس معنى هذا أن تتنصل الشركة من التزاماتها مدعية أنها لا تستطيع أن تتحمل أكثر من حد معين من الزيادة، إنه من الخطأ أن تدعي الشركة وطبقاً للظروف المشار إليها أنها لا تستطيع أن تتحمل أي زيادة خلاف ٢٨ فرنكاً كحد أقصى للزيادة التي كان يمكن أن تتوقعها الشركة، وفي نفس الوقت سيكون عملاً مجاوزاً للحد أن نطبق كراسة الشروط كما لو كانت تلك الظروف غير عادية، وعليه يكون من الأهمية بمكان أن نكرر البحث لأجل أن نضع نهاية لتلك الصعوبات المؤقتة، وبحل يحرص على المصلحة العامة التي تستلزم استمرار أداء الخدمة من قبل الشركة، وفي نفس الوقت تراعي أنه لا يمكن تطبيق العقد بالشكل الاعتيادي المتفق عليه، وعلى هذا نقرر أنه من جهة أولى تكون الشركة ملتزمة بضمان استمرار أداء المرفق العام في تقديم الخدمات المنوطة به، ومن جهة ثانية فإن الشركة تتحمل فقط أثناء هذه الفترة الانتقالية حصة من تلك النتائج الباهظة لتلك الظروف ... إنه بهذا الاعتبار يلغى القرار المطعون فيه، وإننا ندعو الأطراف مجدداً أمام مجلس المقاطعة (ديوان المحافظة) الذي سيختص - وذلك في حالة ما إذا لم يتوصل الأطراف إلى حل ودي للشروط الخاصة التي على أساسها تستطيع الشركة الاستمرار في الخدمة - بأن يحدد آخذاً في اعتباره الظروف الحاصلة، مبلغ التعويض الذي في تلك الحالة من حق الشركة طبقاً لتلك الظروف الاستثنائية، حتى تستطيع الشركة مواجهة تلك الظروف وتضمن استمرار أداء المرفق في تلك الفترة - ثم لخص المجلس حكمه في مادتين -:

المادة الأولى: إلغاء قرار مجلس مقاطعة جيروند الصادر في ٣٠ يوليه ١٩١٥ والقاضي برفض طلب شركة غاز مدينة بوردو.

المادة الثانية: الشركة العامة للإضاءة ومدينة بوردو (الملتزم، والسلطة مانحة الالتزام) يكونان مدعوين أمام مجلس المقاطعة، الذي سيحدد مقدار التعويض المستحق للشركة

طبقاً للظروف الاســتثنائية، وذلك في حالة ما إذا لم يتوصل الأطراف إلى اتفاق ودي ومقبول لهذه المشكلة، والذي بمقتضاه ستلتزم الشركة بأداء الخدمات محل الالتزام»[٣٧١].

وقد أخذ قضاء مجلس الدولة المصري بهذه النظرية، حيث قضت محكمة القضاء الإداري أنه «إلى جانب النظرية التقليدية للقوة القاهرة دون أن تكون صورة منها، وإن كان الطارئ غير المتوقع تنتظمه مع القوة القاهرة فكرة المفاجأة والحتم، إلا أنه يختلف عنها في أثره في تنفيذ الالتزام، فهو لا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً بل يجعله مرهقاً يجاوز السعة دون أن يبلغ حد الاستحالة ... ومفاد نظرية الطوارئ غير المتوقعة، أو الظروف الطارئة حسبما وضع أصولها وقواعدها الفقه والقضاء الإداري، أنه إذا حدث أثناء تنفيذ العقد الإداري أن طرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت اقتصادياته، وإذا كان من شــأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً بل أثقل عبئاً وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول، وإذا تحولت الخســارة المألوفة العادية التي يتحملها أي متعاقد إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسائر ولو جزئياً»[٣٧٢].

وقضــت أيضاً أنه «وحيث إن نظرية الظروف الطارئة تــؤدي إلى أن يفرض على الدائن التزام ينشأ من العقد الإداري ويولده هذا العقد ويخلقه – وغالباً ما يكون الدائن هو جهة الإدارة – وهــذا الالتزام هو أن يدفــع الدائن للمدين تعويضاً لكفالــة تنفيذ العقد تنفيذاً صحيحاً متى كان من شــأن الظروف أو الأحداث غير المتوقعــة أن تثقل كاهل هذا المدين بخســارة يمكن اعتبارها قلبــاً لاقتصاديات العقد، فإنه يجب لاســتحقاق المتعاقد مع جهة الإدارة هذا التعويض عن الأعباء الخارجة عن العقد توافر شروط ثلاثة هي:

أولاً: أن يكــون الحادث أو الظرف أجنبياً عن المتعاقدين مســتقلاً عن إرادتها ولا دخل لهذه الإرادة في وقوعه.

---

(٣٧١) راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي، وراجع في عرض هذا د. محمد أبو زيد، دوام سير المرافق العامة، مرجع سابق ص٢٢٠، ود. حمــدي محمــد العجمي، القانون الإداري، مرجع ســابق، ص٢٥٣ وما بعدهــا، ود. محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود، مرجع سابق، ص٢٩٩.

(٣٧٢) - محكمة القضاء الإداري الحكم في القضية رقم ٩٨٣ لسنة ١ ق، بجلسة ١٩٥٧/٦/٣٠.

ثانياً: أن يكون الحادث مما لا يمكن توقعه عادة ولم يكن في حسبان المتعاقدين ونيتهما المشتركة عند إبرام العقد، ويقتضي هذا الشرط البحث في عناصر ثلاثة: أولها طبيعة الحادث أو الظرف نفسه، كأن يكون مثلاً من الأمور الاقتصادية كارتفاع الأجور وأثمان المواد الأولية. ثم أهمية الحادث أو الظرف الاستثنائي لأن التعويض لا يستحق إلا إذا جاوز ارتفاع الأثمان أو الأجور الحد الذي يطيقه المتعاقد، أو ما لا يستطيع مواجهته، ويترتب عليه أعباء إضافية لا يستطيع احتمالها، والثالث عنصر الزمن أي تحديد الوقت الذي أبرم فيه العقد للتحقق مما إذا كان المتعاقدان يتوقعان في هذا التاريخ أن ستنقلب اقتصاديات العقد أم لا.

ثالثاً: أن التعويض لا يستحق إلا إذا انقلبت اقتصاديات العقد، بمعني أن يترتب على تنفيذ العقد خسارة تجاوز في فداحتها الخسارة العادية المألوفة التي يتحملها أي متعاقد أثناء التنفيذ»[٣٧٣].

وقضت المحكمة الإدارية العليا بأن مجال تطبيق «نظرية الظروف الطارئة أنه إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الإداري أي ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت اقتصادياته، وإذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً بل أثقل عبئاً وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول، وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يتحملها أي متعاقد إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسائر فيعوضه عنها تعويضاً جزئياً»[٣٧٤].

وقد أخذ النظام السعودي بهذه النظرية وردها إلى أصول شرعية استناداً إلى ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم فقد روى الإمام البخاري رضي الله عنه عن عمرة بنت عبد

(٣٧٣) محكمة القضاء الإداري الحكم في الدعوى رقم ١٠٢٤٢لسنة ٥٠ ق بجلسة ٢٠٠٨/٣/١٦، موسوعة أحكام القضاء.

(٣٧٤) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٤٦ لسنة ١٤ ق بجلسة ١٧-٦-١٩٧٢ وراجع أيضاً في تقرير نظرية الظروف الطارئة للمحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٧٦٧ لسنة ١١ق. بجلسة ٥-٧-١٩٦٩، والطعنان رقما ٨٤٣ و٩٢٢ ٢٦ ق. بجلسة ٢٠-١١-١٩٨٢ والطعن رقم ٨٧٧ لسنة ٢٧ ق بجلسة ٢-١-١٩٨٤، والطعنان رقما ١٢٢٣ و١٢٢٤ لسنة ٢٧ ق بجلسة ١-١٢-١٩٨٤ والطعن رقم ٣٥٦٢ لسنة ٢٩ ق ١٦-٥-١٩٨٧ والطعنان رقما ٥٤٩ و ٨٠١ لسنة ٣٥ ق بجلسة ٤-٤-١٩٩٣، والطعن رقم ١٧٤٩ لسنة ٣٧ ق بجلسة ١٦-١٢-١٩٩٧، والطعن رقم ١٥٩٠ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٥-١-٢٠٠٢ راجع في عرض هذه الأحكام، المستشار محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقواعد المزايدات والمناقصات، الكتاب الثالث، تنفيذ العقد الإداري ص٤١٤ وما بعدها.

الرحمن أنها قالت: سـمعت عائشـة رضي الله عنها تقول: سمع رسول الله صلى الله عليه وسـلم صوت خصوم بالباب عالية أصواتهم وإذا أحدهما يستوضع الآخر ويسترفقه في شيء وهو يقول: والله لا أفعل، فخرج عليهما رسـول الله صلى الله عليه وسـلم فقال: أين المتألي على الله لا يفعل المعروف؟ فقال أنا يا رسـول الله، فله أي ذلك أحب"[٣٧٥] وجاء في صحيح مسـلم أيضاً "عن أبي الرجال محمد ابن عبد الرحمن أن أمه عمرة بنت عبد الرحمن قالت سـمعت عائشة رضي الله عنها تقول سمع رسـول الله صلى الله عليه وسلم صوت خصوم بالباب عالية أصواتهما وإذا أحدهما يسـتوضع الآخر ويسـترفقه في شيء وهو يقول: والله لا أفعل، فخرج رسـول الله صلى الله عليه وسـلم عليهما فقال أين المتألي على الله لا يفعل المعروف ؟ قال أنا يا رسول الله، فله أي ذلك أحب"[٣٧٦].

وجـاء في موطأ الإمام مالك رحمه الله تعالى عن أبي الرجال محمد ابن عبد الرحمن بن حارثه عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن أنه سمعها تقول ابتاع رجل ثمر حائط في زمن رسول الله صلى الله عليه وسـلم فعالجه وقام فيه حتى تبين له النقصان، فسـأل رب الحائط أن يضع له أو يقيله، فحلف ألا يفعل، فذهبت أم المشتري إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: تألَّى ألَّا يفعل خيراً، فسمع بذلك رب الحائط فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله هو له"[٣٧٧].

وجاء في صحيح مسلم أيضاً عن مسألة الجوائح عن جابر رضي الله عنه قال: قال رسول اللـه صلى الله عليه وسـلم لو بعت من أخيك ثمراً فأصابتهـا جائحة فلا يحل أن تأخذ منه شيئاً بم تأخذ مال أخيك بغير حق» وروى الإمام مسلم في صحيحه كذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر»بوضع الجوائح»[٣٧٨].

---

(٣٧٥) أخرجه الإمام البخاري، راجع، العلامة، أحمد بن على بن حجر العسـقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة بيروت لبنان، بدون سنة النشر، ج٤ ص٣٠٧.

(٣٧٦) رواه الإمام مسـلم، راجع، الإمام مسـلم بن الحجاج، صحيح مسـلم، الجامع الصحيح، منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع بيروت – لبنان، بدون سنة النشر، ج ٥ ص٣٠.

(٣٧٧) أخرجه الإمام مالك في الموطأ، راجع العلامة جلال الدين السيوطي، الموطأ، وكتاب إسعاف المبطأ برجال الموطأ، قدم لهما وراجعهما ونسقهما الأستاذ فاروق سعد، منشورات دار الآفاق الجديدة – بيروت، الطبعة الأولى ١٩٧٩. ص٥١٩.

(٣٧٨) رواه الإمام مسلم، مرجع سابق، ج٥ ص٢٩.

ولقـد تنـاول مجلس المجمع الفقهي الإسـلامي التابع لرابطة العالم الإسـلامي في قراره السـابع ما يتعلق بفكرة الظروف الطارئة وأساسـها الشرعي وسـلطات القاضي في معالجة أثر الظروف الطارئة فقال: «فقد عرض على المجمع الفقهي الإسـلامي مشـكلة ما قد يطرأ بعـد إبرام عقود التعهد ونحوها مـن العقود ذات التنفيذ المتراخي في مختلف الموضوعات مـن تبدل مفاجئ في الظروف والأحوال ذات التأثير الكبير في ميزان التعادل الذي بنى عليه الطرفان المتعاقدان حساباتهما فيما يعطيه العقد كلاً منهما من حقوق وما يحمله إياه من التزامـات، مما يسـمى اليوم في العرف التعاملي بالظـروف الطارئة» ثم ذكر المجلس أمثلة لذلك فقال: «لو أن عقد مقاولة على إنشـاء بناية كبيرة يحتاج إنشـاؤها إلى مدة طويلة تم بين طرفين، وحدد فيه سـعر المتر المكعب من البناء وكسـوته بمبلغ مائة دينار مثلاً، وكانت كلفة المواد الأولية من حديد وإسـمنت وأخشـاب وسـواها وأجور عمال تبلغ عند العقد للمـتر الواحد ثمانين ديناراً، فوقعت حرب غير متوقعة أو حادث آخر خلال التنفيذ قطعت الاتصالات والاسـتيراد وارتفعت بها الأسعار ارتفاعاً كبيراً يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً جداً . . فـما الحكم الشرعي الذي يوجبه فقه الشريعة في هذه الأحوال التي أصبحت كثيرة الوقوع في العـصر الحاضر الذي تميـز بالعقود الضخمة بقيمة الملايـين، كالتعهد مع الحكومات في شق الطرق الكبيرة، وفتح الأنفاق في الجبال ....ونحو ذلك مما لم يكن له وجود في الماضي البعيـد فهـل يبقى المتعاقد الملزم على حدود عقده وأسـعاره قبل تبـدل الظروف وطروء التغييرات الكبيرة المشـار إليها مهما تكبد في ذلك من خسـائر ماحقة أو سـاحقة تمسـكاً بمقتضى العقد وحدوده في الأسعار والكميات أو له مخرج وعلاج من فقه الشريعة الحكيمة السمحة العادلة يعيد كفتي الميزان إلى التعادل ويحقق الإنصاف بقدر الإمكان بين الطرفين» وبعـد أن نظر مجلس المجمـع في النظائر الفقهية المتعلقة بهـذا الموضوع قرر أن «ومما لاشك فيه أن العقد الذي يعقد وفقاً لنظامه الشرعي يكون ملزماً لعاقديه قضاءً عملاً بقوله تعالى في كتابه العزيز: «يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود» (المائدة، الآية١) ولكن قوة العقد ليست أقوي من النص الشرعي الملزم للمخاطبين به، وقد وجد المجمع في مقاييس التكاليف الشرعية ومعايير حكمة التشريع أن المشـقة لا ينفك عنها التكليف عادة بحسـب طبيعته كمشـقة القيـام للصلاة ....ولكنها إذا جـاوزت الحدود الطبيعية للمشـقة المعتادة في كل تكليف بحسبه أسـقطته أو خففته، كمشقة المريض في قيامه للصلاة ..فإن المشقة المرهقة

عندئذ بالسـبب الطارئ الاسـتثنائي توجب تدبيراً اسـتثنائياً يدفع الحـد المرهق منها، وقد نص على ذلك وأسـهب في بيانه وأتى عليه بكثير من الأمثلة في أحكام الشريعة أبو إسـحاق الشـاطبي رحمه الله في كتابه (الموافقات في أصول الشريعة) فيتضح من ذلك أن الخسـارة المعتـادة في تقلبـات التجارة لا تأثير لها في العقود لأنها من طبيعة التجارة وتقلباتها التي لا تنفك عنها، ولكنها إذا جاوزت المعتاد المألوف كثيراً بمثل تلك الأسـباب الطارئة الآنفة الذكر توجب عندئذ تدبيراً استثنائياً. يقول ابن القيم رحمه الله في كتابه إعلام الموقعين: (إن الله أرسـل رسله وأنزل كتبه بالعدل الذي قامت به السموات والأرض وكل أمر خرج من العدل إلى الجـور ومـن المصلحة إلى عكسـها فليس من شرع اللـه في شيء، وحيثما ظهرت دلائل العـدل وسـفر وجهه فثم شرع الله وأمره) ثم قرر المجمع بعـد هذا العرض أنه: «في ضوء هذه القواعد والنصوص المعروضة التي تنير طريق الحل الفقهي السـديد في هذه القضية المستجدة الأهمية، يقرر الفقه الإسلامي ما يلي:

١- في العقـود متراخية التنفيذ (كعقود التوريد والتعهدات والمقاولات) إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبدلاً غير الأوضاع والتكاليف والأسـعار تغيراً كبيراً بأسـباب طارئة عامـة لم تكن متوقعة حين التعاقـد، فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقـدي يلحق بالملتزم خسـائر جسـيمة غير معتادة من تقلبات الأسعار في طرق التجارة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصـير أو إهمال مـن الملتزم في تنفيذ التزامه، فإنه يحـق للقاضي في هذه الحال وعند التنـازع وبناءً عـلى الطلب تعديل الحقـوق والالتزامات العقدية بصـورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين، كما يجوز أن يفسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه منه إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويـض عادل للملتزم له صاحب الحق في التنفيذ يجبر له جانباً معقولا من الخسـارة التـي تلحقه من جراء فسـخ العقد بحيـث يتحقق عدل بينهـما دون إرهاق للملتزم، ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعاً رأي أهل الخبرة الثقات.

٢- ويحـق للقاضي أيضاً أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السـبب الطـارئ قابل للزوال في وقت قصير ولا يتضرر الملتزم له بهذا الإمهال.

هذا وإن مجلس المجمع الفقهي يرى في هذا الحل المستمد من أصول الشريعة تحقيقاً للعدل الواجب بين طرفي العقد، ومنعاً للضرر المرهق لأحد العاقدين بسـبب لا يد له فيه، وإن هذا الحل أشـبه بالفقه الشرعي الحكيم، وأقرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها» والله ولي التوفيق»[٣٧٩].

ولقد أخذ القضاء السـعودي بهـذه النظرية لكن تطبيقها عمـلاً كان متوقفاً إلا في أحـكام قليلة صدرت منه، فلقـد كان الديوان ممنوع النظر في طلبات التعويض التي لا تتعلق بخطأ أو تقصير من الجهة اسـتناداً إلى المادة الأولى من قرار مجلس الوزراء رقم ٨١٨ بتاريـخ ١٣٩٦/٥/١٧ هـ والتي نصت على أن «يقتـصر النظر في طلبات التعويض المقدمـة من المقاولين المتعاقدين مـع جهات حكومية على الحالات التي يسـتند فيها المقاولـون على حدوث تقصير من الجهـة الحكومية ينتج عنه إلحاق خسـارة أو ضرر بالمقاول وذلك على سبيل المثال لا الحصر، مثل تأخر الجهات الحكومية في تسليم الموقع وإصدارهـا أمراً بالتوقف عن العمل لأسـباب لا ترجع إلى المقـاول، أو إحداث تغيير في المواصفات».

الأمـر الذي يعني أن الديـوان لم يكن مختصاً بالنظر في طلبـات التعويض الناتجة عن نظريـات التوازن المالي، وكان يحكم بعدم سـماع الدعوى أو عدم جـواز النظر وظل الأمر على هذا إلى ان صدر الأمر السامي رقم ٢٠٧ وتاريخ ١٤٢١/٢/٢٥هـ الذي تضمن أن مجلس الوزراء بحث الموضوع المتعلق بالقرار المشـار إليه في جلسته بتاريخ ١٤٢١/١/١٩هـ وانتهى إلى ان ذلـك القـرار يعد ملغياً من الناحية النظامية اعتباراً مـن تاريخ العمل بنظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥١ لعام ١٤٠٢هـ.

---

(٣٧٩) القرار السـابع من قرارات مجلس المجمع الفقهي الإسـلامي التابع لرابطة العالم الإسـلامي بشأن الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية، مجلة البحوث الإسلامية العدد٣٢، ١٤١١هـ ١٤١٢ هـ تصدر عن الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد – الرياض – المملكة العربية السعودية. ص٣٢١، وراجع في تفاصيل موقف الفقه الإسـلامي من النظرية، د. حمدي محمد العجمي، الأساس القانوني، مرجع سابق، ص٣٣٢ وما بعدها.

ومنذ ذلك التاريخ والديوان غدا ينظر تلك الدعوى حتى تلك التي حكم فيها بعدم جواز النظر باعتبار أنه كان هناك مانع قانوني من النظر في هذا الموضوع وقد زال بهذا القرار أو كان وجود القرار عذراً يقطع مدة التقادم(٣٨٠).

ومن تطبيقات الديوان ما قضى به بأنه «وترى الدائرة أن مطالبة الشركة المدعية تندرج تحت نظرية الظروف الطارئة، ولذلك فإنها ستناقش هذه النظرية ومن ثم تطبيقها على دعوى المدعية لمعرفة مدى استحقاقها من عدمه، وتعرف هذه النظرية بأنها "كل حادث عام لاحق على تكوين العقد غير متوقع الحصول عند التعاقد ينجم عنه اختلال بين المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى اجل أو آجال، ويصبح تنفيذ المدين أو الملتزم كما أوجبه العقد مرهقاً له إرهاقاً شديداً ويتهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار» وقد ذكر الفقهاء رحمهم الله تعالى ما يماثل هذه النظرية وهي الأعذار الطارئة والجائحة التي تصيب الملتزم بتنفيذ عقد معين، فيعفى بسببها الملتزم من تنفيذ التزامه أو يخفف بعضه أو يعوض عما أصابه من أضرار بسبب هذه الأعذار أو الجوائح بشروطها على التفصيل والتأصيل الموجودين في كتب الفقه، وقد عرف بعض الفقهاء العذر الطارئ بأنه العجز عن المضي على موجب العقد إلا بتحمل ضرر غير مستحق بالعقد .... ولتطبيق هذه النظرية شروط ....وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: أن يكون العقد الذي تثار هذه النظرية بشأنه متراخياً بمعنى أن يكون هناك فترة تفصل ما بين صدور العقد وتنفيذه، وألا يكون التراخي في التنفيذ راجع إلى خطأ المدين أو الملتزم وفي هذا الشرط تتوافق نظرية الظروف الطارئة مع أحكام الأعذار والجوائح في الفقه الإسلامي .... حيث إن محل تطبيق أحكام الأعذار والجوائح هي عقود الإجارة والمزارعة وبيع الثمار. وجميعها من العقود ذات المدة وهي متراخية التنفيذ.

---

(٣٨٠) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ١٨٤/د/إ/٤ لعام ١٤٣١هـ، في القضية رقم ١/٣٤٧/ق لعام ١٤٢٦هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٣٧١ لعام ١٤٣٣هـ في قضية الاستئناف رقم ٥٣٠/ق لعام ١٤٣٢هـ (حكم غير منشور) وراجع أيضاً الحكم رقم ١٢٩/ د/إ/٤ لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم ١/٢٤٥/ق لعام ١٤٢٢هـ والقضية رقم ١/٤٤٧/ق لعام ١٤٢٢هـ المؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ٤/٨٦٠ لعام ١٤٣٣هـ في قضية الاستئناف رقم ٥٣٧١/ق لعام ١٤٢٩هـ (حكم غير منشور).

الــشرط الثاني: أن تجــدَّ بعد إبرام العقد حوادث اســتثنائية طارئة عامــة مثل الزلازل والحروب وارتفاع باهظ في الأســعار .... وفي هذا الشرط توافق هذه النظرية أحكام الأعذار والجوائح إذ يشترط الفقهاء أن يكون العذر عاماً كالخوف العام والمطر والقحط والجراد .... وهذه جوائح عامة لا تقتصر آثارها على فرد بعينه.

الشرط الثالث: أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية العامة التي وجدت بعد العقد ليس في الوسع توقعها ولا دفعها فإذا أمكن توقعها أو دفعها فلا سبيل إلى تطبيق النظرية ......

الشرط الرابع: أن تجعل هــذه الحوادث العامة والظروف الطارئة تنفيذ الالتزام مرهقاً بــأن يتعرض الملتزم لخســارة فادحة تفوق المألوف في خســائر التجــار .... وفي هذا الشرط تتوافــق هــذه النظرية مع أحــكام الأعذار والجوائح في الفقه الإســلامي ذلك أنه حســب التعريف الســابق للأعذار بأنــه العجز عن المضي على موجب العقــد إلا بتحمل ضرر غير مســتحق بالعقد، وهذا يعني أنــه يمكن للملتزم أن ينفذ التزامــه ولكن بتحمل ضرر زائد عما التزم به في العقد مما يجعل تنفيذه مرهقاً لا مستحيلاً ......وعلى هذا لو توافرت هذه الــشروط فإنه يجب تخفيف بعــض الالتزام عن الملتزم أو تعويضه عن الأضرار التي أصابته بسبب هذه الظروف أو الأعذار»[٣٨١].

وفي حكم آخر قضى الديوان بأنه «وعن الموضوع، فإن ديوان المظالم قد وضع من خلال أحكامــه تعريفاً مقبولاً لنظريــة الظروف الطارئة، حيث قال فيــه " نظرية الطوارئ غير المتوقعة أو الظروف الطارئة - حســبما وضع أصولهــا وقواعدها فقه القضاء الإداري- أنه إذا حدث أثناء تنفيذ العقد الإداري أن طرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت اقتصادياته، وكان من شــأن هذه الظروف أو الأحداث انها لم تجعل تنفيذ العقد مســتحيلاً، بل أثقل عبئاً وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول، فنشأت عنها خسارة جسيمة تجاوز في فداحتها الخسارة المألوفة العادية التي يحتملها أي متعاقد، فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشــاركته في هذه الخسارة التي تحملهــا فيعوضه عنهــا تعويضاً جزئياً، وبذلك يضيف إلى التزامــات المتعاقد معها التزاماً جديداً لم يكن محل اتفاق بينهما(حكم الديوان رقم ٢٢٤/ت/١ لعام ١٤٢٠) فإذا توافرت

---

(٣٨١) حكم هيئة التدقيق رقم ٢٨/د/ا /٣ لعام ١٤٢٢هـ في القضية رقم ١/١/١٢/ق لعام ١٤٢١هـ (حكم غير منشور).

شروط تطبيــق نظريــة الظروف الطارئة فــإن من حق المقــاول أو المتعهد الحصول على معاونــة الجهة الإدارية حتى يتمكن من التغلب على الظــروف الطارئة بتحقيق التوازن المالي للعقد، وليواصل تنفيذ التزاماته حتى لا يتعطل سير المرفق العام؛ لأن نظرية الظروف الطارئة لا تعفي المتعاقد من الالتزام بتنفيذ العقد، وإنما من شــأنها أن تعينه على الوفاء بالتزاماته دون أن يؤدي ذلك إلى افلاسه، وقد ذكر فقهاء الإسلام - رحمهم الله تعالى - ما يشابه هذه النظرية وهي الأعذار الطارئة والجوائح التي تصيب الملتزم بتنفيذ عقد معين فيعفى بســببها الملتزم من تنفيذ التزامه أو يخفف بعضه أو يعوض عما أصابه من أضرار بســبب هذه الأعــذار أو الجوائح بشروطها على التفصيل الموجــود في كتب الفقه، ويلزم للتعويض عن الخسائر الناتجة عن هذه الظروف الطارئة توافر أربعة شروط تستنتج من التعريف الســابق، وهذه الشروط على النحو الآتي: الشرط الأول: أن يكون العقد متراخياً فتكــون هنــاك فترة تفصل ما بين إبرام العقد والانتهاء مــن تنفيذه، ولا يكون التراخي في التنفيــذ راجعاً إلى خطأ المنفذ، وفي هذا الشرط تتوافق نظرية الظروف الطارئة مع أحكام الأعــذار والجوائح في الفقه الإســلامي، ذلــك أن محل تطبيق هــذه النظرية هي العقود المتراخية كعقود المقاولة أو التوريد والصيانة والتشغيل، كما أن محل تطبيق أحكام العذر بالجوائــح هي عقــود الإجارة والمزارعة وبيع الثمار على رؤوس الشــجر بعد بدء صلاحها وقبــل تمام نضجها، وهي التــي صح الخبر فيها فيما رواه مســلم من حديث جابر- رضي الله عنه - أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح، وجميع العقود الذكورة من العقــود ذات المدة والمتراخية في التنفيذ. الشرط الثاني: أن تحدث بمد إبرام العقد حوادث اســتثنائية طارئة عامة كالزلازل والحروب والارتفاع الباهظ المفاجئ في الأســعار، وفي هذا الشرط توافق هذه النظرية أحكام الأعذار والجوائح والتي يشــترط فيها الفقهاء أن يكون العــذر عاماً كالخوف العام والمطر والقحط، وهــي جوائح عامة لا تقتصر آثارها على فرد بعينه. الشرط الثالث: أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية العامة التي حدثت بعد العقد ليس في الوســع توقعها ولا دفعها، فإذا أمكن توقعها أو دفعها فلا سبيل إلى التعويض عن الخسائر الناتجة عن تلك الظروف، وفي هذا الشرط توافق نظرية الظروف الطارئة أحكام الأعذار الطارئة والجوائح، فالبرد والعطش الذي يصيب الثمر بسبب انقطاع الماء واحتباس المطر وتغير الجو، كلها جوائح ليس في الوسع توقعها ولا دفعها. الشرط الرابع: أن تجعل

هذه الحوادث العامة والظروف الطارئة تنفيذ الالتزام مرهقاً بأن يتعرض الملتزم لخسارة فادحة تفوق المألوف في خسائر التجار، فإن كان التنفيذ مستحيلاً فإن الحادث يعد قوة قاهرة ينقضي معها الالتزام ويفسخ العقد. فمتى ما توافرت هذه الشروط الأربعة فإنه يجب تخفيف الالتزام عن الملتزم أو تعويضه عن الأضرار التي أصابته بسبب هذه الظروف والأعذار»[٣٨٢].

وفي حكم آخر قضى الديوان بأنه «بمراجعة للمبادئ المستقرة والأحكام المتواترة من القضاء الإداري فإن مناط تطبيق نظرية الظروف الطارئة هو أن تطرأ خلال تنفيذ العقد حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية من عمل جهة إدارة غير جهة الإدارة المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر لم تكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعاً ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل بها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً بما يستوجب إلزام الجهة الإدارية المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في احتمال نصيب من الخسارة التي حاقت به طوال الظرف الطارئ وقد اشترط لإعمال نظرية الظروف الطارئة ألا يكون التنفيذ مستحيلاً وإنما تجعل تنفيذه أكثر عبئاً وأثقل كلفة مما قدره المتعاقدان بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة»[٣٨٣].

وفي حكم آخر قضى الديوان بأنه «إذا طرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية كانت أو اقتصادية لم تكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعاً، ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً فإن جهة الإدارة المتعاقدة ملزمة بمشاركة المتعاقد معها في احتمال نصيب من الخسارة التي لحقت

(٣٨٢) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ٣/١/٢٨/لعام ١٤٣٢هـ في القضية رقم ١/١/١٣٥١/ق لعام ١٤٢٩هـ محكمة الاستئناف الإدارية الحكم ٤/٣٣٥ لعام ١٤٣٣هـ في قضية الاستئناف رقم ١٤٢١/ق لعام ١٤٢٩هـ (حكم غير منشور).

(يلاحظ أن حكم محكمة الاستئناف وإن كان قد أقر المحكمة على شروط الظروف الطارئة إلا أنه نقض الحكم لسببين منهما أن المحكمة لم تتحقق من حصول الخسارة بالشكل الذي يستدعي تطبيق النظرية.

(٣٨٣) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ١/٣١ لعام ١٤٣٢هـ في القضية رقم ١/١/١٤١٤/ق لعام ١٤٢١هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٢٨٨ لعام ١٤٣٣هـ في قضية الاستئناف رقم ٢٤٠٣/ق لعام ١٤٢٩هـ (حكم غير منشور).

به وذلك ضماناً لتنفيذ العقد الإداري واستدامة لسير المرفق العام الذي يخدمه»[(٣٨٤)].

وعلى ضوء ذلك فقد أقر النظام السعودي اتفاقاً مع النظام الفرنسي والمصري واستمداداً من الشريعة الاسلامية تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وعليه نعرض ما يلي:

أ- شروط تطبيق هذه النظرية:

١- أن توجد ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ولا يمكن دفعها.

٢- أن تقع الظروف الاستثنائية بعد إبرام العقد وقبل إتمامه.

٣- أن تكون الظروف الاستثنائية خارجة عن إرادة المتعاقدين.

٤- أن تؤدى الظروف الاستثنائية إلى اختلال في اقتصاديات العقد.

وبيان ذلك تفصيلاً كما يلي:

أن توجد ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ولا يمكن دفعها.

لتحقيق مقتضى هذا الشرط فإنه يلزم بداية أن يكون الظرف الطارئ استثنائياً وعاماً، ويكون الظرف استثنائياً كما عرفته محكمة النقض المصرية عندما «يشذ عن المجرى المعتاد للأمور فيخرج على الأصل الذي ألفه الناس بما يجعله نادر الوقوع .. وإن سبق وقوعه في أحوال متباعدة أو نادرة غير رتيبة لا ينفى عنه وصف الاستثنائية فالحرب يتكرر وقوعها على مر العصور ولكنها لا تتسم بالرتابة الدورية أو التلاحق حتى تصبح أمراً معتاداً لدى الناس يرتبون عليه معاملاتهم»[(٣٨٥)].

ولا يكتفى بأن تكون الظروف استثنائية ولكن يجب أن تكون كذلك عامة، ومفاده كما يقول الدكتور السنهوري: «إن الحوادث الاستثنائية ينبغي ألا تكون خاصة بالمدين، بل يجب أن تكون عامة وشاملة لطائفة كفيضان عال غير منتظر يكون قد أغرق مساحة واسعة من الأرض أو غارة غير منتظرة للجراد أو انتشار وباء»[(٣٨٦)].

(٣٨٤) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ٥٣/ د/إ/١/١ لعام ١٤٣٤هـ في القضية رقم ١/٦٤٨٥/ق لعام١٤٣١هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٩٦٥ لعام ١٤٣٤هـ في القضية رقم ٤٢٨٠/ق لعام ١٤٣٤هـ(حكم غير منشور).

(٣٨٥) حكم محكمة النقض المصرية بجلسة ١٨/ ١٩٦٣/٤ راجع المستشار د. محمد ماهر أبو العينين، مرجع سابق، ص٤٣١.

(٣٨٦) راجع د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص٦٤٣.

ويتبين من ذلك أن الحوادث الاستثنائية الخاصة بالمدين – كإفلاسه أو موته أو اضطراب أعماله أو حريق محصوله - لا تكفي لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة».

وفي ذات الاتجاه يرى البعض أنه «يجب أن يكون الحادث الاستثنائي عاماً أي غير خاص بالمدين بل يجب أن يكون شاملاً لطائفة من الناس كفيضان عال غير منتظر يكون قد أغرق مساحة من الأرض، أو غارة غير منتظرة للجراد، أو انتشار وباء، لذلك لا يجوز أن يتذرع بحريق محصوله أو بمرض أصابه لكي يتنصل من تنفيذ التزاماته لأن هذه الحوادث خاصة بشخص المدين، وليست شاملة لعدد كبير من الأفراد كأهل بلدته مثلاً أو طائفة معينة منهم»[٣٨٧].

وأيضاً في ذات السياق يقول البعض: «أن تكون الظروف الطارئة عامة بمعنى ألا تكون خاصة بالمتعاقد كإفلاسه أو موته أو اضطراب أعماله أو حريق محصوله بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس كانتشار وباء أو زلزال عنيف»[٣٨٨].

يتضح من التفسيرات السابقة أن معنى العمومية مرتبط بحد كثرة عدد من يشملهم الحدث، وأعتقد أن العمومية يجب أن ترتبط بالحدث في ذاته بغض النظر عمن يشملهم الحدث فلا يمنع من عمومية الحدث كون من أصابه كان شخصاً واحداً كما لا يمنع من عمومية القاعدة القانونية أن فرداً واحداً مخاطب بها؛ وبالتالي فإن عمومية الحدث يجب أن ترتبط بالحدث في ذاته بمعنى أن الحادث الاستثنائي في وقوعه كان مجرد القصد غير موجه إلى شخص بعينه، ولا دخل لإرادة المتعاقد في حدوثه وأعني بمجرد القصد كون الحادث قابل بطبيعته لأن يشمل عدداً من الناس فهو لا يميز في وقوعه بين شخص وآخر في ذات مركز المتعاقد، فالعمومية تنبع من الحدث في ذاته وليس بالأثر المترتب عليه وإن كان لا ينكر دور الأثر في وضوح العمومية، فالعمومية إذن ترتبط بالحدث في ذاته، وعليه لا يمنع من العمومية أن يقتصر الحادث في أثره على شخص معين، ولا ينفي ذلك كون هذا الحادث عاماً، ومثاله الفيضان الذي يضرب به المثل في العمومية فيقال: يجب أن يكون شاملاً لطائفة من الناس كفيضان عال غير منتظر يكون قد أغرق مساحة من الأرض، فقد يمكن

(٣٨٧) راجع د. محمد عبد الحميد أبو زيد، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص٥١٨، ورسالته، مرجع سابق، ص٢٣٢، ٢٣٣.

(٣٨٨) راجع د. محمود حلمي، مرجع سابق، ١٢٨.

أن تكون تلك المســاحة الواسعة من الأرض ملكاً لشــخص واحد وهو المتعاقد، ومثاله أيضاً قيام حالة حرب مفاجئة بين دولتين كان المتعاقد في إحداهما وملزم بشحن بضائع معينة في وقت ما، فترتب على قيام تلك الحرب عدم القدرة على شحن تلك البضائع بعد شرائها، مما أدى إلى تخزين تلك البضائع حتى تســتقر تلك الأوضاع، مما أدى إلى ارتفاع التكلفة بشكل غير متوقع، ألا يمكن بهذه الأوضاع أن تشمل شخصاً واحداً أو اثنين بما لا يطلق عليه طائفة من الناس وهكذا، وبالتالي نســتطيع القول إنه إذا كان الحادث الاستثنائي يصيب في الغالب مجموعة من الناس، فإنه لا يمنع من تلك العمومية أن يصيب الحادث شــخصاً واحداً أو ما لا يمكن أن يطلق عليه وصف طائفة بالأمثلة التي قدمنا ما دام الحادث عاماً في ذاته أي لا ينسب إلى شخص المدين أو بفعل يمكن مساءلة شخص محدد عنه.

هذا ويلزم أن يكون الحادث الاستثنائي غير متوقع، فإنه إن كان متوقعاً انتفى كونه طارئاً وإذا انتفــى هذا الأخير، انتفى تطبيق النظرية، لأنه في هذه الحالة كان واجباً على المتعاقد الاحتياط له وإلا فالتقصير يكون راجع إليه ويتحمل هو وحده مسؤوليته.

ومفهوم عدم التوقع بالنسبة إلى الفعل أو الظرف أو الحادث الذي اعترض تنفيذ العقد هو مفهوم نسبي بمعنى أنه لا يوجد عدم توقع مطلق فقلما يوجد حدث غير متوقع كلية، ولهذا فإن فكرة عدم التوقع لا تقدر بذاتها وإنما بعلاقتها بالظروف المعاصرة للعقد[٣٨٩].

وأما معيار توقع الحادث الاســتثنائي فيشــير البعض من الفقه إلى أن المعيار في ذلك هو معيار موضوعي قوامه الرجل المعتاد، وليس معياراً ذاتياً قوامه نفس المتعاقد الذي يتمسك بنظريــة الظروف الطارئة، فلو أن حرباً مثلاً كانت وشــيكة الوقوع عند إبرام العقد بحيث كان الرجــل المعتــاد يتوقع حينئذ اندلاعها، لا تعتبر الحرب في هذه الحالة ظرفاً طارئاً إذا ما اندلعت إلا بالنســبة لما ترتبه من نتائج غير متوقعة، وذلك حتى لو كان المتعاقد نفســه لم يتوقع نشوبها»[٣٩٠].

(٣٨٩) راجع د. محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود، مرجع سابق، ص٣٣٥، نقلا عن جاستون جيز، النظرية العامة للعقود الإدارية، ط٣، ج٢، المكتبة العامة للقانون والقضاء، ١٩٣٦، ص٤٩٧.

(٣٩٠) راجع د. محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود، مرجع سابق، ص٣٤١.

وترى محكمة النقض الاعتداد بمعيار الرجل العادي لو وضع في مثل ظروف المتعاقد[٣٩١] وعلى ذلك فإن المدين الذي كان قد شارك في التخطيط لشن الحرب أو تولى مراقبة ودراسة مؤشرات الفيضان، أو ساهم في إعداد القرار الذي سيكون مفاجئاً للناس لا يستطيع الاحتماء بنظرية الظروف الطارئة بحجة أن الرجل العادي لم يكن بوسعه توقع هذه الحوادث الاستثنائية، فالصحيح أن الشخص العادي كان بوسعه توقعها متى كان في ذات ظروف المدين التي أتاحت له فرصة ذلك التوقع[٣٩٢].

وأعتقد أن الصواب هو الجمع بين المعيار الموضوعي والمعيار الشخصي، فإنه إذا كان في وسع الرجل العادي أن يتوقع تلك الظروف ولما يتوقعها المتعاقد، فإنه في هذه الحالة لا يستطيع المتعاقد أن يحتج بعدم توقعه لأنه يجب على الأقل قياس وعي المتعاقد المفترض فيه اليقظة والحيطة على الرجل العادي، وعدم علمه يجعل منه مقصراً في تفهم الظروف التي يبرم فيها التعاقد، وعلى المقصر في هذه الحالة أن يتحمل نتيجة تقصيره، يضاف إلى ذلك المعيار الشخصي، فإذا كان المتعاقد في ظروف تسمح له بالتوقع فلا يستطيع الاحتجاج بعدم التوقع بالنسبة للرجل العادي، إذ لا منطق أن يحتج الشخص بعدم علم غيره لشيء ما، إذا كان يعلمه أو كان بوسعه أن يعلمه.

هذا وكون الظرف طارئاً أو ليس كذلك هو من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع في ظل الظروف التي تصاحب كل حالة على حدة وفقاً لطبيعة العقد ومدته، وغير ذلك من الظروف في ضوء معيار توقع الرجل العادي متى كان في ظروف المدين.

---

(٣٩١) راجع حكم محكمة النقض المصرية بجلسة ١١-١١- ١٩٦٩، وحكمها بجلسة ٤-٣-١٩٧٥ راجع في عرض هذه الأحكام، د. محمد ماهر أبو العينين، مرجع سابق، ص٤٣٤، وراجع أيضاً حكم المحكمة رقم ٢٤٥ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٠ «والذي قضت فيه بأن «قوام نظرية الحوادث الطارئة في معنى المادة ١٤٧ من القانون المدني هو أن يكون الحادث استثنائياً وغير متوقع الحصول وقت انعقاد العقد، والمعيار في توافر هذا الشرط - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - معيار مجرد، مناطه ألا يكون في مقدور الشخص أن يتوقع حصوله لو وجد في ذات الظروف عند التعاقد، دون اعتداد بما وقر في ذهن هذا المدين بالذات من توقع الحصول أو عدم توقعه، والبحث فيما إذا كان الحادث الطارئ هو مما في وسع الشخص العادي توقعه، أو أنه من الحوادث الطارئة مما يدخل في نطاق سلطة قاضي الموضوع طالما أقامها على أسباب مؤدية إلى ما انتهى إليه.

(٣٩٢) راجع المستشار د. محمد ماهر أبو العينين، مرجع سابق، ص٤٣٤، ٤٣٥.

وأخيراً فإن كثيرين من الفقه والقضاء يقيســون معيار عدم التوقع عند إبرام العقد[٣٩٣]، غير أنه إذا كان ذلك سهلاً تحديده في عقود القانون الخاص فإنه قد لا يكون كذلك في عقود القانون العام التي تمر بإجراءات كثيرة يتقدم فيها الإيجاب على القبول بأشــهر، مما يجعل الحكــم على توافر هذا المعيار عند إبرام العقد مجــاف للحقيقة، لأن العقد هو ترجمة لما قدمه المتعاقد من إيجاب، ولذلك فإن البعض يجعل وقت تقديم العطاء هو التاريخ المحدد لتقدير شرط عدم التوقع حتى لو تحقق العلم أو التوقع قبل إبرام العقد[٣٩٤].

غير انني أرى في ظل النظام أن العبرة ليست بتاريخ التقدم بالعطاء، وإنما العبرة بالوقت الذي لا يكون بوسع المتعاقد فيه سحب إيجابه، وبالنظر إلى اللائحة التنفيذية للنظام يكون ذلك وفقاً للمادة (٢٣) منها والتي نصت على أنه «يجوز لصاحب العرض أن يسحب عرضه، قبل انتهاء المدة المحددة لتقديم العروض».

وحتــى تتجمع أوصال هذا الــشرط فإنه يجب أن يكون الحادث الاســتثنائي العام غير المتوقع لا يمكن دفعه[٣٩٥]، فإذا كان الفيضان على ســبيل المثال يمكن تحاشي آثاره بعمل معين، ولم يقم المتعاقد بهذا، فإنه يكون مقصراً وتفقد النظرية شرطاً من شروط تطبيقها، وفي هذا يقول الدكتور الســنهوري: «ويتفرع على أن الحادث لا يمكن توقعه أن يكون أيضاً مما لا يستطاع دفعه فإن الحادث الذي يستطاع دفعه يستوي أن يكون متوقعــاً أو غــير متوقع» [٣٩٦] يعني بذلك أن الذي يعطي الأهمية للحادث الاســتثنائي هــو كونــه لا يمكن دفعه فــإذا كان في مقدور المتعاقد أن يتلافى الآثــار التي يمكن أن

(٣٩٣) راجع د. محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود، مرجع سابق، ص٣٤٤ وما بعدها.

(٣٩٤) راجع د. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية ط١، دار الفكر العربي ١٤٢٨هـ ٢٠٠٧، ص٢٩٩.

(٣٩٥) يشــير البعض من الفقه إلى أن اشــتراط أن يكون الظرف الاســتثنائي لا يمكن دفعه هو من قبيل تحصيل الحاصل وذلك لأنه «يترتب على كون الظرف الطارئ غير متوقع ألا يكون من الممكن دفعه فإذا كان من الممكن دفعه زال ما قد يتســبب فيه من قلب أو تأثير على اقتصاديات العقد، فيعتبر عدم القابلية للدفع من قبل تحصيل الحاصل بالنســبة لعدم القابلية للتوقع» راجع د. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، مرجع ســابق، ص٢٧١. وأختلف مع هذا التحليل، حيث يكون صحيحاً لو كان القصد تفادي الظرف الطارئ ذاته وإنما المقصود في هذا الشرط هو تفادي آثاره وهو ما وضحته الأمثلة المساقة في المتن».

(٣٩٦) راجع د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص٦٤٤، وراجع د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص٦٥٠.

تنجم عن الحادث، يكون مقصراً فترجع الخســارة إلى خطئه وليست على محض وقوع الحادث[٣٩٧].

وأيضــاً معيار قدرة دفع الحادث الاســتثنائي تعــود إلى ذات المعيار المعمول به في عدم التوقع.

وتبقى مسألة أخرى مازالت في الموضوع والتي تتعلق بعدم التوقع من حيث الأثر لا من حيث الذات، وبمعنى آخر هل لو كان الظرف الاســتثنائي متوقعاً ولكن فاقت نتائجه حدود ما كان متوقعاً هل تطبق النظرية أم لا؟

لقــد ذهب مجلس الدولة الفرنسي أولاً بالنســبة إلى ظروف الحــرب العالمية الأولى إلى ضرورة اشــتراط عدم توقع الفعل الطارئ ذاتــه (الحرب) وإهمال فكرة عدم توقع آثاره أو مد هذه الآثار، ولكن مجلس الدولة قد عدل عن تشدده السابق وأصبح يكتفي في كثير من الحالات بأن تكون آثار الظرف الطارئ هي التي لم يكن في الإمكان توقعها[٣٩٨]، وهو ما قرره المجلــس في حكمه الصادر في ٤ نوفمبر ١٩٣٢ في قضيةste.eau et assainissement فقال: «إنه إذا كان هناك احتمال احتلال لإقليم ..... كان قائماً وقت إبرام العقد فإن ما ســببه من ارتفاع لاسيما في سعر الحديد قد فاق الاحتمالات العادية للطرفين[٣٩٩].

ولا شــك في سلامة هذا المسلك لأن علة الاعتبار في الظرف الطارئ بالأثر لا بالذات فقد يكــون الحادث طارئاً ومع ذلك لا أثر له على الالتزام العقــدي، وبالتالي فإن الاعتبار يكون بالأثــر وإن كان الظاهر الاعتبار بالذات لأنه الأصل والأثر تابع له، وبالتالي إذا كان الحادث متوقعاً ولكن فاق أثره التصور الممكن حينئذ يصبح هناك خطأ في التوقع لأثر الفعل لا لذاته وعليه ستطبق النظرية - وإن كان هذا سوف يكون له أثر على مقدار التعويض بالفرق بين ما هو متوقع، وما فاق حدود التوقع- لوجود العلة من تطبيق النظرية وهي عدم إمكانية أخــذ الاحتياطات اللازمة عند إبرام العقد، إذ ليس في مقدور المتعاقدين التحوط لمثل هذه النتائج المترتبة على الظروف الطارئة وفقاً للمجرى العادي للأمور.

(٣٩٧) راجع المستشار د. محمد ماهر أبو العينين، مرجع سابق، ص٤٣٥.

(٣٩٨) راجع د. الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق،٦٥١.

(٣٩٩) C.E 4-11-1932 ,ste.eau et assainissement, Rec. P.916

هذا وقد قال البعض من الفقه أن شرط كون الظرف الطارئ بأوصافه السابقة من كونه استثنائياً وعاماً ولم يكن في الوسع توقعه ولا يمكن دفعه أنه «هو الشرط الجوهري الذي سميت النظرية باسمه»[٤٠٠]. فهل هذا هكذا فعلاً؟ أما أن النظرية قد سميت باسمه فهذا مسلم به إذ هو المقدمة الضرورية التي لا بد منها لِتُطَبَّق النظرية، ولكن وجوده لا يعني دائماً أن يلزم تطبيق النظرية فقد تكون هناك ظروف طارئة مستجمعة أوصافها ولكنها لا تؤدي إلى تطبيق النظرية حيث ليس لها أي أثر على اقتصاديات العقد، وهو ما يجعلنا نقول أنه ليس هو الشرط الجوهري في النظرية بل هناك شرط آخر جوهري ولا يقل عنه بل هو الذي به يمكن تطبيق النظرية من عدمه، والذي يتضمن مدى تأثير الظروف الطارئة على اقتصاديات العقد، وهو ما يعبر عنه بقلب اقتصاديات العقد، غير أن هذا لا يعني أن هذا الشرط ليس شرطاً جوهرياً، وإن كان لا يعني أنه الشرط الجوهري وحده لتطبيق النظرية.

وختاماً فإن الظرف الطارئ لا يتحدد في أشكال معينة فقد يتأتى من ظروف اقتصادية أو طبيعية أو مادية فالعبرة ليست بطبيعة الظرف الطارئ وإنما بصفته وآثاره، وهو ما يتحقق في الظروف الاقتصادية والطبيعية والمادية ما دامت قد أحدثت خللاً في التوازن المالي للعقد[٤٠١].

٢- أن تقع الظروف الاستثنائية بعد إبرام العقد وقبل إتمامه:

مقتضى هذا الشرط أن تقع الظروف الطارئة بعد إبرام العقد وقبل نهايته وهذا يقتضي غالباً أن يكون تنفيذ العقد متراخياً، الأمر الذي يقتضي أن تكون هناك فترة من الزمن تفصل ما بين صدور العقد وتنفيذه وبالتالي فإن المجال الأمثل لهذه النظرية هو العقود ذات التنفيذ المستمر أو ما يسمى بالعقود الزمنية ذات التنفيذ الدوري إلا أن هذا لا يمنع من تطبيق النظرية على العقود الفورية وإن كان ذلك لا يقع إلا نادراً إذا طرأت الظروف

---

(٤٠٠) راجع د. الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص٦٥٠، وراجع د. عبد العظيم عبد السلام، مرجع سابق، ص٦٥.

(٤٠١) راجع د. محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود، مرجع سابق، ص٣٢٩. ود. جابر نصار، مرجع سابق، ص٣٣٢.

الطارئة عقب صدور العقد وقبل تنفيذه[٤٠٢]. إذ لا يشترط لتطبيق النظرية أن يكون العقد مــن العقود المتراخية التنفيــذ وذلك لتحقق الحكمة من وراء تطبيــق النظرية في الحالتين وهــي إصلاح ما اختل من التــوازن الاقتصادي للعقد في الفترة ما بين إبرامه وتنفيذه نتيجة للظروف الاستثنائية[٤٠٣].

ولا شــك في منطقية هذا الشرط إذ لو حدثت الظــروف الطارئة قبل إبرام العقد لــكان على المتعاقدين أخذ الاحتياطات اللازمة لتلافي آثار وتوابع تلك الظروف، حيث لم يعد ظرفاً اســتثنائياً غير متوقع، بل هو حادث مؤكد، وبالتالي لا يســتطيع أن يحتج المتعاقــد الذي انقلبت اقتصاديات عقده أن يطالــب بتطبيق النظرية لفقدها شرطاً من شروطها.

وهو مــا يقدمه حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية غاز بوردو المشــار إليها بالقول: «حيث إن المبدأ أن عقود الالتزام تنظم بطريقة قطعية من بدايتها حتى نهايتها من حيث الالتزامــات التي يجــب أن تحترم من قبل الملتزم ومانح الالتزام. ولا شــك أن هذا التنظيم يكون في ضوء الظروف الموجودة وفق إبرام العقد من ناحية وما يمكن أن يتوقعه الأطراف من ناحية أخرى» هذا يعني أن الظروف التي يمكن مواجهتها عند إبرام العقد لا تؤدي إلى تطبيق النظرية، والحال كذلك إذا تم تنفيذ العقد، وانقضت الالتزامات التعاقدية فلا مجال لتطبيــق النظرية فلو حدثت ظروف طارئة بعــد ذلك فلا أثر لها على العقد، إذ أبرم العقد ونفذ في ظل الظروف والأوضاع التي أنشئ في ظلها.

وهو ما أشــار إليــه الديوان في أحكامه الســابقة، وما درجت المحكمــة الإدارية العليا بالقول: «نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية وروابط القانون العام، أمر رهين بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري، وأن تكون خلال تلك المدة وليس بعدها...»[٤٠٤]، وقالت

---

(٤٠٢) راجع في عرض هذا د. عبد الرزاق الســنهوري، مرجع سابق، ص٦٤٢، ود. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع ســابق، ص٦٥٤. د. عبد العظيم عبد السلام، مرجع سابق، ص٥٠، ٥١، ود. محمد ماهر أبو العينين، مرجع سابق، ص٤٣٢، ٤٣٣.

(٤٠٣) راجع د. حسام لطفي، مرجع سابق، ص ٢٠٥ وما أشار إليه سعادته في الهامش رقم ٧٣٠ من أحكام نقض في ذلك.

(٤٠٤) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعنين رقم ٨٤٣، ٩٢٢ لســنة ٢٦ ق جلســة ١٩٨٢/١١/٢٠، راجع د. محمد ماهر أبو العينين، مرجع سابق، ص٥٤٣.

أيضــاً: «مناط إعمال نظريــة الظروف الطارئة أن تطرأ خلال تنفيــذ العقد الإداري...»(٤٠٥)، وأيضاً قالت: «يشــترط لنظرية الظروف الطارئة أن يلحق المتعاقد بســبب الظروف الطارئة أثناء تنفيذ العقد خسارة فادحة...»(٤٠٦).

وعلى ذلك فإن حدوث الظروف الطارئة أثناء تنفيذ العقد ولكن بعد تمام مدته، إذا كان التأخير سببه المتعاقد فإنه لا يستفيد من تطبيق النظرية، وأما إذا كان تأخير المتعاقد راجعاً لظروف لا يد له في إحداثها فإنه والحالة هذه يســتحق تطبيق النظرية عند توافر شروطها إذ لا خطأ وقع من جانبه ولا إهمال.

٣- أن تكون الظروف الاستثنائية خارجة عن إرادة المتعاقدين:

يلــزم لتطبيق نظرية الظروف الطارئــة أن يكون الظرف الطارئ لا يد لإرادة المتعاقدين فيه، وإلا ستكون المسؤولية لو وجدت قائمة على أساس آخر غير نظرية الظروف الطارئة.

وعلى هذا فإن من شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون الظرف الطارئ بعيداً عــن إرادة المتعاقدين بمعنى أنه لا دخل لهما في حدوثــه(٤٠٧)، فإذا كان المتعاقد هو مصدر حدوث الفعل الطارئ، أو كان بتراخيه عن التنفيذ قد أوقع نفسه في زمن الظروف الطارئة، فإنــه في كلا الحالتين لا يســتطيع أن يطالب بالتعويض اســتناداً إلى حــدوث تلك الظروف الطارئة، إذ كيف يطالب بالتعويض عن فعل أوقعه على نفســه، هذا وتجدر الإشارة إلى أن عمليــة التراخي المقصودة هي تلك التي عن عمد أو إهــمال أو غيره، أما إن كانت خارجة عن إرادته فإنه والحالة هذه لا تستبعد نظرية الظروف الطارئة.

فإذا كان الخطأ من قبل جهة الإدارة فإن نظرية الظروف الطارئة لا تطبق وإنما تســأل الإدارة وفقاً لنوع الخطأ والذي قد يؤدي إلى فسخ العقد أو تعويض المتعاقد وذلك للإخلال بالمســؤولية العقدية(٤٠٨). غــير أن ذلك يصفه البعض بانه اتجاه الفقــه التقليدي، وأن هذا

---

(٤٠٥) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٨٧٧ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٨٤/١/٢١، المجموعة ٥١١/٢٩.

(٤٠٦) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٥٦٢ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٨٧/٥/١٦، المجموعة ١٢٤٠/٣٢.

(٤٠٧) راجع في عرض هذا الشرط د. الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص٦٥٣ وما بعدها، ود. محمد عبد الحميد أبو زيد، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص٥٢٤.

(٤٠٨) راجع د. عبد العظيم عبد السلام، مرجع سابق، ص٥٥.

القول لا ينطبق حالياً إلا على المتعاقد مع الإدارة فحسـب دون الإدارة ذاتها، فجهة الإدارة يمكـن أن تكون هي السـبب في حدوث الظـرف الطارئ وبالرغم من ذلـك تطبق نظرية الظروف الطارئة[٤٠٩].

هذا وإن كانت هناك أحكام للمحكمة الإدارية العليا يفهم منها تطبيق نظرية الظروف الطارئة مع نسـبة مصدر الظرف الطارئ للإدارة كحكمها الذي قضت فيه بأن «قضاء هذه المحكمة قد اسـتقر عـلى أن مقتضى نظرية الظـروف الطارئة أن يطرأ خـلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية كانت أو اقتصادية، سواءً من عمل الجهة الإدارية المتعاقدة أو من غيرها لم تكن في حسـبان المتعاقد عند إبرام العقد، ولا يملك لها دفعاً ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً»[٤١٠].

وأيضاً ما قضت به بأن «مجال إعمال نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية سـواءً من عمل الجهة الإدارية المتعاقدة أو من غيرها ...»[٤١١].

فإن معظم أحكامها تشترط أن يكون الفعل كما هو خارج عن إرادة المتعاقد فإنه يكون كذلـك عن الجهة الإدارية، وبه في أحدث أحكامها قضـت بأنه «ومن حيث إن قضاء هذه المحكمـة قد اسـتقر على أن مناط تطبيق نظرية الظـروف الطارئة هو أن يطرأ خلال مدة تنفيذ العقد حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية من عمل جهة إدارية غير جهة الإدارة المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر، لم يكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعاً ومن شـأنها أن تنزل به خسـائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً بما يسـتوجب إلزام الجهة الإدارية المتعاقدة بمشـاركة المتعاقـد معها في تحمل نصيب من الخسارة التي حاقت به»[٤١٢].

---

(٤٠٩) راجع د. محمد عبد الله السـناري، مبادئ وأحكام العقود، مرجع سـابق، ص٣٥٠ وقد أشـار سـعادته إلى أحكام المحكمة الإدارية العليا التي كانت تشـترط ألا يكون مصدر الظرف الطارئ هو الجهة الإدارية لأنه في هذه الحالة تطبق نظرية عمل الأمير ولا تطبق نظرية الظروف الطارئ.

(٤١٠) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٨٧٩ لسنة ٤٦ ق بجلسة ٢٠٠٦/٥/٩.

(٤١١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعنين رقمي ١٢٢٣، ١٢٢٤، لسنة ٢٧ ق بجلسة ١٩٨٤/١٢/١٨، ص٢٥٦.

(٤١٢) راجع حكم المحكمة الإدارية في الطعن رقم ٥٥/٩٣٣٢ بجلسة ٢٠١٣/٥/٢٨(حكم غير منشور)

وأيضـاً قضت بأنه «ومن حيث إن من المسـتقر عليه في قضـاء هذه المحكمة أن مناط تطبيق نظرية الظروف الطارئة هو أن تطرأ خلال تنفيذ العقد حوادث أو ظروف اقتصادية من عمل جهة إدارية غير جهة الإدارة المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر، لم تكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعاً، ومن شـأنها أن تنزل به خسـائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد إخلالاً جسيماً، بما يستوجب إلزام الجهة الإدارية المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيب من الخسـارة التي حاقت به طوال فترة الظرف الطارئ وأن القصد من ذلك هو ضمان تنفيذ العقد الإداري واسـتمرار سير المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره»(٤١٣).

وأعتقد أن الاتجاه التقليدي هو الغالب في التطبيق، والاتجاه الحالي لا يكون صحيحاً إلا في الحـالات التي لا يمكن أن يطبق فيهـا نظرية عمل الأمير، وذلك يكون في الأعمال المادية المشروعة التي يمكن أن تنسب للجهة المتعاقدة وتؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد.

٤- أن تؤدى الظروف الاستثنائية إلى اختلال في اقتصاديات العقد:

إذا كان يمكن القـول بأن هناك شرطاً جوهرياً لتطبيق النظرية فأعتقد أنه هذا الشرط، إذ بحدوثـه تطبق النظريـة وبانعدامه لا يبقى للنظرية وجود ولو توافرت سـائر شروطها الأخرى، وهذا الشرط أشـار إليه مجلس الدولة الفرنسي في قضية غاز بوردو فقال: «.... إن هذه الظروف المشار إليها قد أدت إلى قلب اقتصاديات العقد».

وهو ما قضى به الديوان بقوله: «في حالة انطباق الظروف الطارئة على هذه الدعوى إذ لابد أن يكون سبب في الإخلال بالتوازن المالي للعقد إذ يجعل تنفيذ العقد مرهقاً للمتعاقد وليس مجرد انتقاص من مقدار الربح، وإنما خسارة جسيمة تهدد بالتوقف عن تنفيذ العقد أو استحالة تنفيذه..»(٤١٤).

---

(٤١٣) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٤/٣٠٦٣٨ بجلسـة ٢٠١٥/٤/٢٨ (غير منشـور) وراجع حكمها في الطعنين رقمي ٦٦٦٩ و٥٠٨٧ لسنة ٤١ ق.ع جلسة ١٩٩٧/١١/٢٥، المجموعة ١/٤٣، القاعدة ٤٢، ص٣٥٩، وراجع أيضاً الحكم في الطعن رقم ٥٤٩، ٨٠١ لسنة ٣٥ ق بجلسة ١٩٩٣/٤/٤، المجموعة ٢/٣٨، القاعدة رقم ٩٣، ص٨٨٨ .

(٤١٤) راجـع حكم المحكمة الإدارية رقم ٣٠/د/إ/٤ لعـام ١٤٢٩هـ في القضية رقم ١/١/١٧١٧/ق لعام ١٤٢٣هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٥٥٦/إس/١ بتاريخ ١٤٢٩/١٢/٢٢هـ (حكم غير منشور).

وهـو ما قضى بـه الديوان أيضاً بقوله: «فإنه إذا طرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية كانت أو اقتصادية لم تكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعاً، ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً فإن جهة الإدارة المتعاقدة ملزمة بمشاركة المتعاقد معها في احتمال نصيب من الخسارة التي لحقت به وذلك ضماناً لتنفيذ العقد الإداري واستدامة لسير المرفق العام الذي يخدمه»[٤١٥]. واستقرت على ذلك أيضاً أحكام المحكمة الإدارية العليا بالقول: "إن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن مقتضى نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف .. ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً"[٤١٦].

وإذا كان ذلك شرطاً جوهرياً لتطبيق النظرية. فما هو إذن مفهوم قلب اقتصاديات العقد؟

أو بعبارة أخرى ما هو الحد الذي يمكن عنده القول باختلال جسيم للتوازن المالي للعقد؟

تقضي المحكمة الإدارية العليا بأنه «ومن حيث إن مناط تطبيق نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو لم تكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد، ولا يملك لها دفعاً ومن شأنها أن تنزل بالمتعاقد خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد، أي أن تكون الخسارة واضحة متميزة، فليس للمتعاقد أن يطالب بتطبيق نظرية الظروف الطارئة بدعوى أن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب، وينظر في اعتبار الخسارة فادحة من عدمه إلى العقد في مجموعه بحيث يدخل في حساب هذه الخسارة جميع عناصر العقد التي تؤثر في اقتصادياته إذ قد يكون أحد هذه العناصر مكسباً ومعوضاً عن العناصر الأخرى التي أدت إلى الخسارة. ومن المقرر قانوناً أن من يدعي الخسارة الفادحة - بمفهومها السالف البيان - يقع عليه عبء إثباتها[٤١٧].

(٤١٥) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ٥٣/ د/إ/١/١ لعام ١٤٣٤هـ في القضية رقم ١/٦٤٨٥/ق لعام١٤٣١هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٩٦٥ لعام ١٤٣٤هـ في القضية رقم ٤٢٨٠/ق لعام ١٤٣٤ (حكم غير منشور).

(٤١٦) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٩٥٥ س٤٣ ق جلسة ٢٠٠١/٥/٨، المجموعة، ١٧٢٧/٤٦.

(٤١٧) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٩١٧٤ لسنة ٥٢ ق بجلسة ٢٠١٠/٣/٢٣، والحكم رقم ٣٢١٤٣ لسنة ٥٤ ق بجلسة ٢٠١٣/٦/٢٥(غير منشور).

وعــلى ذلك فإن قلــب اقتصاديات العقد تكون مع وجود الخســارة الفادحة وليســت الخســارة المألوفة، يقول الدكتور الســنهوري: «....الإرهاق الذي يقــع فيه المدين من جراء الحــادث الطــارئ معيار مرن ليس له مقــدار ثابت، بل يتغير بتغــير الظروف....فما يكون مرهقاً لمدين في ظروف معينة قد لا يكون مرهقاً لنفس المدين في ظروف أخرى، والمهم أن تنفيذ الالتزام يكون بحيث يهدد المدين بخســارة فادحة، فالخســارة المألوفة في التعامل لا تكفي فإن التعامل مكسب وخسارة» ويقول في موطن آخر «وإرهاق المدين لا ينظر إلا إلى الصفقة التي أبرم في شأنها العقد»[٤١٨].

ويقــول الدكتور الطماوي «قلب اقتصاديات العقد هي فكرة نســبية تقدر في كل حالة وفقــاً لظروف كل عقــد على حدة، ويضع مجلــس الدولة الفرنسي نصــب عينه اعتبارات متعددة مثــل رقم الأعمال الخاص بالشركــة المتعاقدة ومقدار احتياطاتها، ومدى ســهولة حصولها على الأموال اللازمة لممارسة نشاطها»[٤١٩].

وينظــر في تحديد الخســارة إلى العقــد في مجموعة يقول الدكتــور محمد عبد الحميد أبــو زيد: «وفيما يختص بقلب اقتصاديات العقــد نجد أن نظرية الظروف الطارئة تطورت بشأنه تطوراً كبيراً، فحين ظهرت هذه النظرية كان مجلس الدولة الفرنسي يدخل في اعتباره - لمعرفــة تأثير الظرف الطــارئ على العقد - العنصر الرئيــسي في العقد دون بقية العناصر الأخرى .. ولكن سرعان ما تحول المجلس عن هذه الفكرة وأصبح ينظر - عند تقدير التوازن الاقتصــادي للعقــد - إلى جميع العناصر التــي يتكون منها دون الاقتصــار على أحدها، لما تبــين له من أن بحثه في جميع عنــاصر العقد قد يغنيه عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة حيث إن بعض العناصر تكون مجزية ومحققة أرباحاً للمتعاقد تســاعده في تنفيذ التزاماته وتعوضه عن العناصر الأخرى التي سببت له الخسارة»[٤٢٠].

وفي ذات السياق قالت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها: «..ومن ثم يجب لتقدير انقــلاب اقتصاديات العقد واعتبارها قائمة أن يدخل في الحســاب جميع عناصر العقد التي

(٤١٨) راجع د، عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص٦٤٥.

(٤١٩) راجع د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص٦٥٧.

(٤٢٠) راجع د. محمد عبد الحميد أبو زيد، مبادئ القانون الإداري، مرجع ســابق، ص٥٢٣، ٥٢٤، وراجع رســالته، مرجع سابق، ص٢٣٦.

تؤثـــر في اقتصادياتـــه واعتبار العقد وحدة واحدة يفحـــص في مجموعه لا أن ينظر إلى احد عنـــاصره فقط، بل يكون كذلك بمراعاة جميع العناصر التي يتألف منها، إذ قد يكون بعض هـــذه العناصر مجزياً ومعوضـــاً عن العناصر الأخرى التي أدت إلى الخســـارة، ومن ثم فإن انقـــلاب اقتصاديات العقد مســـألة لا تظهر، ولا يمكن التحقق مـــن وجودها إلا بعد إنجاز جميع الأعمال المتعلقة بالعقد»[(٤٢١)].

وفي تطبيق لديوان المظالم يحدد فيه ما يمكن أن يكون منهاجاً لتحديد مقدار الخســـارة التي يمكن أن تكون جسيمة حيث قضى بأنه «وحيث عن طلب المدعية بمبلغ (...) تعويضاً عن زيادة أسعار الحديد والأسمنت وبلاطات الهوردي الخرسانية، فقد جاء في تقرير الخبير

---

(٤٢١) راجـــع حكـــم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقـــم ٤٦ لســـنة ١٤ ق بجلســـة ١٧/ ٦ / ١٩٧٢، الذي قضى بأنه يجـــب «لتقدير انقلاب اقتصاديات العقد واعتبارها قائمة أن يدخل في الحســـاب جميع عناصر العقد التي تؤثر في إقتصادياتـــه واعتبـــار التقدير في ذلك وحدة واحدة ويفحص في مجموعـــه لا أن ينظر إلى أحد عناصره فقط، يكون ذلك بمراعاة جميع العناصر التي يتألف منها، إذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزياً ومعوضاً عن العناصر الأخرى التـــي أدت إلى الخســـارة، ومن ثم فإن انقلاب اقتصاديات العقد مســـألة لا تظهر ولا يمكـــن التحقق من وجودها إلا بعـــد إنجـــاز جميع الأعمال المتعلقة بالعقد. ومن حيث إنه إذا كان الثابت أن مدة العقد ثلاث ســـنوات بإيجار قدره ٧٧٢٧ جنيهاً ســـنوياً تدفع على أربعة أقســـاط، كل قسط عن فترة ثلاثة أشهر من السنة، وبذلك تكون جميع الأقســـاط الواجب دفعها عن مدة العقد اثني عشر قســـطاً، فإذا كان الأمر كذلك فإنه حتى على فرض أن انتشـــار دودة القطن في صيف ســـنة ١٩٦١ كانت من الفداحة بحيث يمكن اعتبارها من قبيل الحوادث الاســـتثنائية العامة غير المتوقعة فإن ضرر هذه الآفة لم يتجاوز أثره بالنســـبة للطاعن ثلاثة أشـــهر كما قال في صحيفة طعنة وهو يونيه ويوليه وأغسطس سنة ١٩٦١ والتي استحق عنها قسطاً واحد هو القسط الحادي عشر وإصابة الطاعن بخسارة في هذه الأشهر الثلاث على فرض صحته ليس من شأنه قلب اقتصاديات العقد لأن هذه الخسارة لم تلحق الطاعن إلا بالنســـبة لفترة يســـتحق عنها قسط واحد من الاثني عشر قســـطاً التي تمثل جميع عناصر العقد، ولم يقدم الطاعن دليـــلاً على أنه أصيب بخســـارة أخرى غـــير التي زعم أنها لحقته، بل إن الطاعن نفســـه يقرر في صحيفة طعنه وفي المذكرات المقدمة منه أمام هذه المحكمة أن مجلس مدينة طنطا عندما أدار الســـوق في الفترة التي كانت متبقية من عقد الالتزام من ١٩٦١/١١/٢٦ إلى ١٩٦٢/٢/٢٥ وهي لمدة ثلاثة أشهر حقق إيراداً قدره ٢٩٠٠ جنيه وأن قيمة القســـط الذي يســـتحق عنها هو مبلغ ١٩٣١ جنيهاً و ٨٠٠ مليماً فيكون صافي الربح ٩٦٨ جنيهاً و ٢٠٠مليماً، وفي ذلك اعتراف من الطاعن أن هناك في كل سنة من سنتي الالتزام فترات مربحة تدر إيراداً صافياً قدره الطاعن نفسه بحوالي ألف جنيه كل ثلاثة أشهر، ومن ثم فإنه ليس من دليل في الأوراق على أن الطاعن قد أصيب بخسارة فادحة من شأنها قلب اقتصاديات العقد بالنسبة لمدة التعاقد كاملة، وتبعاً لذلك فلا وجه لإعمال نظرية الظروف الطارئة في هذه المنازعة لعدم تحقيق شروطها «الموسوعة الإدارية، مرجع سابق، ج١٨، ص٨٩٤، ٨٩٥.

ويراجع أيضاً للمحكمة الإدارية العليا في ذات السياق حكمها في الطعنين رقم ٥٤٩، ٨٠١، لسنة ٣٥ ق بجلسة ٤/٤ / ١٩٩٣، المكتب الفني ٨٠٨/٣٨، وحكمها في الطعن رقم ١٥٩٠، لسنة ٤٥ ق بجلسة ٢٠٠٢/١/١٥، المجموعة ٣٧/٤٢.

أنه بعد دراسة الفواتير المرفقة بملف الدعوى والمقدمة من شركة (...) وشركة (...) اتضح أن الزيادة في أسعار الحديد تتراوح ما بين ١٢٪و٣٠ ٪ حسب المقاس، وأن الزيادة في أسعار مواد البنـاء خاضعة للعـرض والطلب ومدى توافر هذه المواد في السـوق من عدمه، ورأى عدم أحقية المدعية في زيادة الأسـعار[٤٢٢] وحيث إن التعويض عن زيادة أسعار مواد البناء أثناء تنفيذ العقد تدخل تحت نظرية الظروف الطارئة، وحيث إنه يشـترط لاستحقاق التعويض اسـتناداً إلى هـذه النظرية أن تكون الزيادة في الأسـعار قد جعلت المقاول ينفذ بخسـارة محققة تقلب اقتصاديات العقد، وحيث إن الثابت من تقرير الخبير أن الزيادة تراوحت ما بين ١٢٪ إلى ٣٠٪ من أسعار الحديد حسب المقاس، وحيث إن الحديد في المشروع لا يشكل النسـبة الغالبة في المواد التي تدخل في تنفيذ المشروع، الأمر الذي لم يثبت معه أن المدعية قد نفذت العقد بخسارة مما تنتهي معه الدائرة إلى رفض هذا الطلب»[٤٢٣].

وبعد عرض هذه المساهمات الفكرية والتطبيقية فإنه بداية لا يمكن الحديث عن قلب اقتصاديات العقد في حالة إنقاص الأرباح أو انعدامها أو الخسـارة المألوفة لأن هذه الأخيرة تصاحب العقود كما الأرباح، فالربح والخسـارة أمر عـادي ومصاحب للعقود؛ لذلك يمكن القول أن الخسـارة الجسـيمة هي تلك التي تبدأ من حيث تنتهي الخسارة المألوفة، وهي مسألة فنية طبقاً لظروف العملية العقدية يستعين فيها القاضي برأي الخبراء وهي لا ترتبط بعنصر من عناصر العقد وإنما ترتبط بالعقد في مجموعه[٤٢٤]، كما أن تحديد قدر الخسـارة

(٤٢٢) توجد ملاحظة على عبارة «ورأي (الخبير) عدم أحقية المدعية في زيادة الأسعار» حيث ليس هذا من مهامه فمهمة الخبـير تقتـصر على الجانب الفني، أما الجانب القانوني في الأحقية من عدمها يكون من عمل القاضي وليس للخبير في ذلك شيء.

(٤٢٣) راجـع حكم المحكمة الإدارية رقم ٧٣/د/إ/٢ لعـام ١٤٢٩هـ في القضية رقم ١/٢٣٧٥/ق لعام ١٤٢٥هـ المؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ٣١٩/إس/١ لعام ١٤٢٩ هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٢٩هـ ج٥، ص٢١٧٩.

(٤٢٤) يشـير البعـض من الفقه إلى أن من ضوابـط تقدير شرط الإرهاق ألا يوضع في الاعتبـار عند تقدير شرط الإرهاق الأربـاح التي يكون المتعاقد قد حققها في المدة السـابقة على حدوث الظـرف الطارئ، ولا يوضع في الاعتبار كذلك الأرباح الاحتمالية التي يمكن للمتعاقد أن يحققها في المستقبل بعد انتهاء الظرف الطارئ مستشهداً بأحكام مجلس الدولة الفرنسي، راجع د. محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود، مرجع سابق، ص٣٧٨. غير أنني أرى أن ذلك يخالف قاعدة أن شرط الإرهاق لا ينظر فيه إلى أحد عناصر العقد وإنما ينظر فيه إلى مجموع العقد، ولا شك أن مجموع العقد يلزم احتسـاب مراحله كافة للتحقق من وجود الاختلال الجسـيم من عدمه وهو ما يقدمه جلياً الحكم في الهامش السابق.

الجسـيمة يجب أن يحدد بشكل موضوعي، وفقط عن الصفقة التي أبرم بشأنها العقد ولا عـبرة بمركـز المتعاقد المالي ولا إلى ارباحه التي حققها من عقـود أخرى ولو كانت مع ذات الجهة، حيث يجب عند تحديد قيمة الخسـارة عدم النظر إلى ملاءة أو عدم ملاءة المتعاقد فالخسارة موضوعية بالنظر إلى العقد ذاته وليس إلى شخص المتعاقد.

إن هذه الخسـارة الجسـيمة بهذا التصور تعنـي من زاوية أخـرى أن المتعاقد ما زال قـادراً على تنفيذ العقد، وبالتالي فإن هذه الخسـارة الجسـيمة تـؤدي إلى ارهاق المتعاقد وليس إلى اسـتحالة تنفيذه، فإذا كانت الظروف الاسـتثنائية يسـتحيل معها تنفيذ العقد، فإن نظرية الظـروف الطارئة يتوقف إعمالها لعدم جدواها، وفي هذه الحالة ينقضي العقد لتحول نظرية الظروف الطارئة في هذه الحالة إلى القوة القاهرة التي يسـتحيل معها تنفيذ العقـد، فالظروف الطارئة والقوة القاهرة تنتظمهما صورة المفاجأة غير أنهما يختلفان من حيث الأثر ففي نظرية الظروف الطارئة يكون تنفيذ العقد ما زال ممكناً، وفي نظرية القوة القاهرة يكون تنفيذ العقد مستحيلاً.

هـذا وقد يبدأ الظرف طارئاً ثم باسـتمراره يتحول إلى ظرف قاهر تصعب بالتعويضات معالجته، لأن العجز المالي الذي يعاني منه المتعاقد سـيبقى مسـتمراً مما يؤدي إلى استحالة التنفيذ وهذا يكون في العقود المستمرة طويلة المدة»[٤٢٥].

ب- أساس نظرية الظروف الطارئة:

قيلـت معايير عديدة حول الأسـاس القانـوني لنظرية الظروف الطارئـة في فقه وقضاء القانون الإداري نوردها تباعاً كما يلي:

- فكرة ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد[٤٢٦]:

كانت هذه الفكرة هي الأسـبق في مضمار الأفكار التي قيلت في تبيان أسـاس تطبيق نظرية الظروف الطارئة، ولقد وضعت لبنات هذه الفكرة مع حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضيـة غاز بوردو حينما قرر هذا المجلس «أنه ينبغي أن نجد حلاً لهذه المسـألة يحقق

(٤٢٥) راجع د. إبراهيم طه الفياض، مرجع سابق، ص٢٧٢.

(٤٢٦) راجع عرض هذا المعيار تفصيلًا د. حمدي العجمي، الأساس القانوني، مرجع سابق، ص٣١٦.

المصلحة العامة التي تستلزم استمرار المرفق محل الالتزام»(٤٢٧).

يقول الأستاذ جاستون جيز «إن ضرورة استمرار سير المرفق العام هي الفكرة الأكثر رجحاناً في القانون العام..»(٤٢٨) وهو ما عبر عنه أيضاً الأستاذ Corneille في تعليقه على حكم مجلس الدولة في ديسمبر ١٩٢٠ حيث قال «إن فكرة ضمان سير المرافق العامة بانتظام هي التي تعطي الحق للملتزم في التعويض أو مراجعة المقابل المالي للانتفاع بالخدمة»(٤٢٩).

ويقول الأستاذان Jean Rivero et Jean waline «إن نظرية الظروف الطارئة وضعت لهدف ضمان استمرار أداء الخدمات العامة»(٤٣٠).

ولقد أقرت المحكمة الإدارية العليا هذا الأساس في الكثير من أحكامها فقالت: «... متى توافرت هذه الشروط مجتمعة التزمت جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها فيتحمل نصيب من خسائره ضماناً لتنفيذ العقد على الوجه الذي يكفل حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد(٤٣١)».

وأيضاً أشار ديوان المظالم إلى هذا فقضى بأنه «ومن حيث إن في هذه النقطة تفصيل بيانه أن غاية نظرية الظروف الطارئة حسبما وضع أصولها وضوابطها القضاء الإداري الفرنسي هو تمكين المتعاقد من الوفاء بالتزاماته كاملة، لأن كل إخلال بهذه الالتزامات لن يضار منه إلا المرفق العام والمستفيدون بخدماته، ويترتب على هذا المبدأ أنه يتعين على المتعاقد الذي يريد الاستفادة من نظرية الظروف الطارئة أن يواصل تنفيذ التزاماته رغم الظرف الطارئ، ما دام التنفيذ في ذاته ممكناً ولم يتحول الظرف الطارئ إلى قوة قاهرة تحول دون التنفيذ. فإذا توقف المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته استناداً إلى الظرف الطارئ، فإنه يتعرض لتوقيع

(٤٢٧) 1-v. C .E . 30-3-1916, compagnie du gaz de bordeaux v. Gaston Jese , R.D.P.1916 op. cit. p. 229 qu"il importe au contraire de rechercher pour mettre fin à des difficultés temporaires. une solution qui tienne tout à la fois de l›intérêt général, lequel exige la continuation du service par la compagnie

(٤٢٨) - v., Gaston Jeze ,1932 ,op.cit p.255

(٤٢٩) v. , corneille , conclusion , sous C.E. 3-12-1920, fromassol , R.D.P.1920 , p 804

(٤٣٠) v. Jean Rivero et Jean waline , droit administratif,éd. Dalloz 2005 P.386 la théorie de l›imprévision a pour but d› assurer cette continuité " la nécessaire continuité de la satisfaction des besoins publics"

(٤٣١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعنين رقم ٥٤٩، ٨٠١ س٣٥ ق بجلسة ١٩٩٣/٤/٤ المجموعة ٢/٣٨، ص٨٨٨، وراجع أيضاً حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم ٥٩٥٥ س٤٣ ق جلسة ٢٠٠١/٥/٨، المجموعة،٢/٤٦ ص١٢٢٧.

جزاء سحب العمل وجزاء غرامة التأخير، ولا يجديه نفعاً الاحتجاج بهذا الظرف الطارئ»[٤٣٢].

وما قضى به الديوان أيضاً أنه «إذا طرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية كانت أو اقتصادية لم تكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعاً، ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً فإن جهة الإدارة المتعاقدة ملزمة بمشاركة المتعاقد معها في احتمال نصيب من الخسارة التي لحقت به وذلك ضماناً لتنفيذ العقد الإداري واستدامة لسير المرفق العام الذي يخدمه»[٤٣٣].

وينضم إلى هذا الرأي طائفة من الفقهاء يقول الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي: «إن أول ما يلتزم به المتعاقد - كي يستطيع الاحتجاج بهذه النظرية التي دخلت القانون الإداري مستندة إلى مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد»[٤٣٤].

ويقول الدكتور محمد أبو زيد: «وليس أساس تحمل الإدارة بالتعويض الذي تقرره النظرية أنها مخطئة، فالواقع أن الإدارة لم تقترف خطأً، ولكن يجد هذا التعويض أساسه في مبدأ دوام سير المرافق العامة»[٤٣٥].

ولقد وجه البعض من الفقه نقداً لهذه الفكرة مفاده أنه ولئن كانت «فكرة استدامة سير المرفق العام تشغل مكاناً أساسياً في نظرية العقد الإداري بصفة عامة... ومع تسليمنا كذلك بأن هذه الفكرة هي التي استلهمها مجلس الدولة الفرنسي عند إقراره لنظرية الظروف الطارئة لأول مرة ... إلا أننا نرى أن هذه الفكرة لا تصلح وحدها في جميع الحالات لتأسيس حق التعويض في نطاق نظرية الظروف الطارئة»[٤٣٦].

(٤٣٢) راجع قرار رقم ٢/ د ٢ لعام ١٤٠١هـ في القضية رقم ١/٥٩/ق لعام ١٣٩٩هـ.

(٤٣٣) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ٥٣/ د/إ/١/١ لعام ١٤٣٤هـ في القضية رقم ١/٦٤٨٥/ق لعام ١٤٣١هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٩٦٥ لعام ١٤٣٤هـ في القضية رقم ٤٢٨٠/ق لعام ١٤٣٤ه (حكم غير منشور).

(٤٣٤) راجع د. مصطفى أبو زيد فهمي الوسيط في القانون الإداري، الجزء الأول، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،٢٠٠٠ ص٣٣٢ وراجع أيضاً ص٣٢٤ من المؤلف نفسه.

(٤٣٥) راجع د. محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص٢٤٧، وراجع أيضاً د، محمود حلمي، مرجع سابق، ص١٣٠، وراجع أيضاً د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، بدون سنة النشر، ص٨٨٨، ود. عادل عبد الرحمن، القانون الإداري السعودي، مكتبة مصباح، ١٤١٠هـ ١٩٩٠م ص٢١١.

(٤٣٦) راجع د. على محمد عبد المولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس١٩٩١، ص٥١٢.

- **فكرة العدالة:**

وتقوم هذه الفكرة لمواجهة حالات تعويض المتعاقد استناداً لنظرية الظروف الطارئة في الحالات التي لا يمكن الاستناد فيها إلى مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد كحالة فسخ العقد أو انتهاء مدته(٤٣٧)، وهو ما أشار إليه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ٢٧ يوليه ١٩٥١ في قضية Commune de montagnac والذي أقر فيه المجلس تعويض المتعاقد بعد انقضاء العقد والقيام بالالتزامات التعاقدية، حيث كان التعويض في هذه الحالة ضماناً لتحقيق العدالة بين أطراف العقد، ولم يكن الهدف منه ضمان استمرار سير المرافق العامة بانتظام واطراد(٤٣٨).

وهو ما أقره المجلس في حكمه الصادر في ١٢ مارس ١٩٧٦ في قضية Departement des Hautes Pyrenees حيث قال «إنه ولئن كان استمرار تنفيذ المرفق العام يكون هو الأساس الجوهري لنظرية الظروف الطارئة، لكنه لا يمنع من وجود أسس أخرى بجانبه مثل فكرة العدالة المجردة»(٤٣٩).

وهو ما قد أشار إليه الأستاذ chapus حيث يقول: «إن النظرية قد عرفت تجديداً مهماً فيما يخص المبدأ الذي تستند إليه وذلك في تلك الحالات التي لا يمكن الاستناد فيها إلى هذا المبدأ وخاصة بعد انتهاء مدة العقد، وبالتالي يظهر أن الرابطة بين مبدأ استمرار المرافق العامة وتطبيق نظرية الظروف الطارئة لا تمنع من وجود معايير أخرى كاعتبارات العدالة»(٤٤٠).

وقضت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها وجعلت هذا المعيار رئيسياً كأساس للتعويض فقالت «إن نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري، كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة، فرائد جهة الإدارة هو كفالة

(٤٣٧) راجع د. عبد العظيم عبد السلام، مرجع سابق، ص١٠٢.

(٤٣٨) v., C.E. 27-7-1951, Commune de Montagnac, Rec. P. 439

وراجع أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي مرجع سابق، ص٢٤٢

(٤٣٩) v., C.E.12-3-1976, Département des Hautes Pyrénées, Rec ,p.153

وراجع أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، مرجع سابق، ص٢٤٤، وما بعدها، وراجع أيضاً د. عبد العظيم عبد السلام، مرجع سابق، ص١٠٠،١٠١

(٤٤٠) v.René chapus, op. cit. p. 1214

حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة إنجازها»[٤٤١].

ولقــد انتقدت الفكرة على أســاس أنها فكرة فضفاضة لا تصلح لتبريــر النظام القانوني للعقد بصفة عامة[٤٤٢].

- فكرة الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية:

تقوم هذه الفكرة على أســاس الاستناد إلى مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد مــن جهة، وعلى اعتبــارات العدالة من جهــة أخرى. كفكرتين متلازمتــين وهو ما عبر عنه البعض من الفقه «بالطبيعة الذاتية للعقود الإدارية».

وقد قضى ديوان المظالم في أحد أحكامه بما يشــير إلى الجمع بين الفكرتين فقضى بأنه. «إذا طرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية كانت أو اقتصادية لم تكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعاً، ومن شــأنها أن تنزل به خســائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جســيماً فإن جهة الإدارة المتعاقدة ملزمة بمشــاركة المتعاقد معها في احتمال نصيب من الخســارة التي لحقت به وذلك ضماناً لتنفيذ العقد الإداري واستدامة لسير المرفق العام الذي يخدمه، ويقتصر دور القاضي الإداري على الحكم بالتعويض المناســب دون أن يكون له تعديل في الالتزامات العقدية، وأســاس ذلك هو اعتبارات العدالة المجردة بتحقيق المصلحة العامة بناءً على فهم صحيح لطبيعة العلاقة بين الإدارة ومن يتعاقد معها من الهيئات والأفراد في شــأن من شؤون المرافق العامة، فمن ناحية ليس من العدل والإنصاف وحســن النية في المعاملات أن يترك المتعاقد فريســة لظروف ســيئة لا دخــل له فيها وبدون أي تعويض اســتناداً إلى نصــوص العقد الحرفية، ولمجــرد الحرص على تحقيق الوفرة المالية، والرغبة الملحــة في الحصول على المهمات والأدوات أو إنجاز الأعمال المطلوبة بأرخص الأســعار، لأن معنى ذلك اســتباحة الإضرار به، ومن الناحية الثانية فــإن عــدم تعويض المتعاقد – في هــذه الحالة – لا يتفق مع المصلحة العامــة، إذ ينتهي الأمر إلى

(٤٤١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٥٩٠ س ٤٥ جلسة ١٥-١-٢٠٠٢ راجع د. المستشار محمد ماهر أبو العينين.

(٤٤٢) V. J.M .Rainaud, le contrat administratif, volonté de parties ou loi de service public,-١ R.D.P ١٩٨٥ p.١١٨٣ Sirey éd, traité de droit administratif, et v. waline. p٦٢٢.٩٩٦٣ راجــع في عــرض هذا د. على محمد عبد المولى، مرجع سابق، ص٥١٩

احــدى نتيجتين: إما إلى خــروج المقاولين أو متعهــدي التوريد الأمناء الأكفاء من ســوق التعامل مــع الدولة، أو انصرافهم عن الاشــتراك في المناقصات مســتقبلاً، فيتلقف الزمــام غير الأكفاء وغير الأمناء وتقع المنازعات والإشكالات التي تنتهي إلى تعطيل المرافق العامة، وإما أن يعمد هؤلاء إلى تأمين أنفسهم، بأن يحتسبوا من ضمن أسعار عطاءاتهم مبلغاً للاحتياط ضد تلك المضار والأخطار المحتملة، وتكون النتيجة زيادة في الأســعار (أي ارتفاع أســعار العطاءات المقدمة) مما يفوت على الإدارة غرضها في الحصول على أصلح الأيدي العاملة وبأفضل وأقل الأســعار وأنســبها، وهذه كلها نتائج يجب تفادي الأسباب المؤدية إليها، لأنها لا تتفق والمصلحة العامة»(٤٤٣).

وقــد تبنى مجلس الدولة المــصري في بعض أحكامه هذا الاتجاه فيقــول: «إذا توافرت شروط تطبيــق نظرية الظروف الطارئة أعملت المحكمــة أثرها والذي يتمثل في إلزام جهة الإدارة بدفع تعويض للمتعاقد معها يكون عبارة عن مشاركتها له في تحمل عبء جزء كبير من الخســارة التي لحقته، تحــدده المحكمة في ضوء ما تجده محققاً للعدالة وكفالة ســير المرفق العام بانتظام واطراد»(٤٤٤).

ولقد شــايع وتحمس كثير من الفقه المصري والعربي لهذ الاتجاه، يقول الدكتور سليمان الطــماوي، ويذهب الرأي الراجح في نظرنا إلى إرجــاع التعويض إلى الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية، وصلتها بالمرافق العامة ... إذاً فالتعويـض يســتند إلى ضـرورات سير المرافق العامة وإلى قواعد العدالة(٤٤٥).

(٤٤٣) راجــع حكم المحكمــة الإدارية رقم ٥٣/د/إ/١/١ لعــام ١٤٣٤هـ في القضية رقم ١/٦٤٨٥/ق لعــام ١٤٣١هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم٤٦٥ / ٤ لعام ١٤٣٤هـ في القضية رقم ٤٢٨٠/ق لعام ١٤٣٤هـ (حكم غير منشور).

(٤٤٤) راجــع حكــم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ١٦٣٢ س٤١ جلســة ٣١ – ١- ١٩٨٩ مشــار إليه لدى د. عبد العظيم عبد السلام، مرجع سابق، ص١٠١.

(٤٤٥) راجع د. ســليمان الطماوي، مرجع سابق، ص٧٩٦، وراجع أيضاً راجع د. عبد القادر الشيخلي، القانون الإداري، دار مكتبــة بغداد، للنشر والتوزيع عمان ١٤١٤هـ ١٩٩٤ ص٢٢٠، ود. نواف كنعان، القانون الإداري الكتاب الثاني ط ١، الإصــدار الثــاني، الدار العلمية الدولية، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عــمان – الأردن، ٢٠٠١، ص٣٦٨، وراجع أيضاً في هذا التوجه د. بكر القباني، القانون الإداري الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت بدون ســنة النشر، ص٢٨٧، ود. عاطف البنا، العقود الإدارية، مع دراســة خاصة لنظام تأمين مشتريات الحكومة وعقود التوظيف واستغلال الثروة الطبيعيــة في المملكة العربية الســعودية، دار العلوم للطباعة والنشر ١٤٠٥هــ ١٩٨٤ ص٢٣٣، د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، ١٩٨٢، ص٢٤٤، ود. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، ١٩٩٦، ص٦٠٠، ود. حمدي العجمي، الأساس القانوني، مرجع سابق، ص٣١٩.

- فكرة النية المشتركة لأطراف العقد

يرى بعض الفقه الفرنسي أمثال الأستاذ Bonnard والأستاذ pequignot أن الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة هو النية المشتركة للمتعاقدين عند التعاقد، إذ إن نيتهما تنصرف إلى أن يتحمل الطرفان المتعاقدان آثار العقد الضارة طيلة تنفيذه، خاصةً وأن العقود الإدارية عادة ما تبرم لمدة طويلة كثيراً ما تتغير خلالها الظروف التي نشأ في ظلها العقد(٤٤٦).

ولقد حاول الأستاذ الفرنسي دي سوتو التقريب بين فكرة النية المشتركة أو الإرادة الضمنية لأطراف العقد وبين ما يعتنقه من فكرة التوازن المالي فيقول: «في الحقيقة أن القضاء يسعى للمحافظة على التوازن المالي للعقد لأنها تكون إرادة المتعاقدين»(٤٤٧) ولم تتابع هذه الفكرة وإنما تعرضت لسيل من الانتقادات من قبل الفقه، فقد اعتبر الدكتور الطماوي هذا الأساس بأنه تعسفي في معظم الحالات(٤٤٨) والدكتور محمود حلمي ينتقد هذا الأساس بقوله: «لوكان أساس هذه النظرية هو المحافظة على درجة التعادل التي كانت موجودة وقت التعاقد، لوجب أن يكون الحل هو تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً وليس رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول»(٤٤٩).

ويقول الدكتور عبد الحميد حشيش إن هذه الفكرة منتقدة وتعسفية ولا يمكن أن تخدم الأساس القانوني لفكرة الظروف الطارئة، ويضيف أيضاً أنه كيف يمكن الحديث عن النية المشتركة للأطراف والفرض أن مصالحهم متعارضة، فالمدين في حالة الظروف الطارئة تنصرف نيته إلى التحرر من الالتزام، في حين أن الدائن قد تنصرف نيته إلى الاستفادة من تلك النتائج(٤٥٠).

(٤٤٦) راجع د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص٩٦٩، د. محمود حلمي، مرجع سابق، ص١٢٩، ١٣٠.

(٤٤٧) v De Soto l›imprévision et économie dirigée J.C.P.1950 n 0 817 p 818

(٤٤٨) راجع د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٩٦٩.

(٤٤٩) راجع د. محمود حلمي، مرجع سابق، ص١٣٠.

(٤٥٠) v., dr. Hachich (A)la théorie de l›imprévision dans des contrats administratif , étude comparée du droit français et droit de la république arabe unie , 1962, p.395 et v p. 396

وراجع في هذا العرض د. على محمد عبد المولى، مرجع سابق، ص٥٠٦، ٥٠٧. ود. عبد العظيم عبد السلام، مرجع سابق، ص٩.

- فكرة التوازن المالي للعقد:

لقد ظهرت فكرة التوازن المالي للعقود الإدارية بمناسبة تدخل الإدارة في عقود الامتياز فقد تولى المفوض ليون بلوم صياغة هذه الفكرة من تقريره الذي قدمه في قضية compagnie général français de tramways [٤٥١]، حيث يقول «إن من طبيعة عقود الالتزام أن نطلب ونحقق المساواة وبقدر الإمكان بين المزايا الممنوحة للملتزم والمسؤوليات المفروضة عليه بحيث يكون هناك توازن وبشكل متقابل بين المنافع المحتملة، والخسائر المتوقعة، إنه في كل عقد التزام يجب أن يكون هناك توازن شريف بين ما هو ممنوح وما هو مطلوب، هذا الذي نسميه بالتوازن المالي والتجاري للعقد، إنها معادلة مالية في عقد الالتزام»[٤٥٢]، ويتجه بعض الفقه الفرنسي صوب هذه النظرية مثل الأستاذ valine والأستاذ De Soto [٤٥٣] حيث يشير هذا الأخير إلى أن «حفظ التوازن المالي يعتبر قاعدة أساسية في نظرية العقود الإدارية»[٤٥٤] ويقول هو أيضاً: «إنه من بين القواعد الأساسية في العقود الإدارية القاعدة المسماة بحفظ التوازن المالي للعقود حيث يلزم إعادة هذا التوازن سواءً كان الإخلال ناتجاً عن عمل الإدارة أو لظروف خارجة عنها»[٤٥٥] وهو ما يشير إليه الفقيه الفرنسي دي لوبادير بقوله: «وفي رأينا أنه يمكن أن تعتبر فكرة التوازن المالي للعقد كأساس لفكرة نظرية الظروف الطارئة ..»[٤٥٦].

وهو ما أيده البعض Marie-christine Rouault بالقول: «إن الإدارة ملتزمة بضمان التوازن المالي للعقد...ثم تحدد أثر اعتماد هذا الأساس فقال: «إنه يبقى أن نقول إن فكرة التوازن المالي ستكون بصفة إجمالية حيث يتحمل الشخص العام من ٩٠ إلى ٩٥ في المائة

---

(٤٥١) compagnie général français des tramways, rec p.210 , 1910-3-C.E11

(٤٥٢) «نقلاً عن د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق ص٦١١، وراجع أيضاً أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، مرجع سابق، ص١٧٧ وما بعدها.

(٤٥٣) v., waline , traite élémentaire de droit administratif ed. 4 p 340 et v. De soto imprévision et économie dirigée J.C. P. 1950 -1-p 817 ets

(٤٥٤) v. De Soto note au Dalloz 1942.p.111

(٤٥٥) v. De Soto note au Dalloz 1950 p.454 et v. De soto imprévision et économie dirigée op cit p 817.

(٤٥٦) Andre de laubadere et venez(J.C.)et Gaudement (Y) traite de droit administratif T1 1984 P.426

من تلك الفترة غير التعاقدية»(٤٥٧).

وقد أشار ديوان المظالم إلى هذا المعيار في أحد أحكامه حيث قضى بأن «مطالبة المدعية بالتعويض تندرج في إطار نظرية الظروف الطارئة التي تقوم على أساس إعادة التوازن المالي للعقد الإداري الذي يتعرض المتعاقد فيه مع جهة الإدارة لظروف طارئة تجعل تنفيذ العقد مرهقاً له»(٤٥٨).

وقد أشــارت المحكمــة الإدارية العليا في بعض أحكامها لهــذه الفكرة أيضاً فقالت: «إن التعويــض الذي تلتزم به جهة الإدارة لا يســتهدف تغطية الربح الضائع أياً كان مقداره، أو الخســارة المألوفة في التعامل وإنما أســاس تحمل الجهة الإدارية لجزء من خســارة محققة وفادحة تندرج في معنى الخسارة الجسيمة، بغرض إعادة التوازن المالي للعقد بين طرفيه في سبيل تحقيق المصلحة العامة»(٤٥٩).

وقــد اعتدَّت بهذه الفكرة أيضاً محكمة القضــاء الإداري في حكمها الصادر في ٣٠ يونيو ١٩٥٧ حيــث قالــت: «إن من طبيعة العقــود الإدارية أنها تحقق بقــدر الإمكان توازناً بين الأعبــاء التي يتحملها المتعاقد مــع الإدارة، وبين المزايا التي يتمتع بهــا اعتباراً بأن نصوص العقد تؤلف في مجموعها كلاً من مقتضاه التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين».

ثــم قالت في الحكم نفســه: «وبهذه الضوابط تكون العقــود الإدارية قائمة على وجود تناسب بين الالتزامات التي تفرضها والفوائد التي يجنيها المتعاقدون منها" وقالت: «إن هذا التوازن المالي أمر مفترض في كل عقد إداري»(٤٦٠).

هــذا ويلاحظ أن المحكمة وإن كانت قد ســاقت تلك العبــارات للحديث عن الإخلال بالتــوازن المالي للعقد نتيجة لتعديله من قبل الإدارة إلا أنه يظهر جلياً أنها اعتمدت المعيار

---

(٤٥٧) V. Mari – Christine Rouault ,OP.CIT , 2005, P.37

(٤٥٨) ديوان المظالم، المحكمة الإدارية الحكم رقم ٢٥٤/د/إ/١ لعام ١٤٢٩هـ في القضية رقم ١/١/١٤٠٥/ق لعام ١٤٢٥هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية، بالحكم رقم ٣٧٠/إس/١ لعام ١٤٣٠هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٣٠هـ ج٥، ص٢٦٨٨.

(٤٥٩) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٥٦٢ س٢٩ ق جلســة ١٦-٥-١٩٨٧، راجع الموســوعة الإدارية الحديثة، الدار العربية للموسوعات ١٩٩٥ ج ٣٥ ص٣٨٤.

(٤٦٠) راجع حكم محكمة القضاء الإداري في ٣٠ يونية ١٩٥٩.

كقاعدة عامة في قولها: «إن هذا التوازن أمر مفترض في كل عقد إداري»، وهو ما أشار إليه الدكتور الطماوي في تعليقه على هذا الحكم فقال: «وواضح من صياغة الفقرات السابقة من حكم محكمة القضاء الإداري أن المحكمة قد أخذت بالأفكار الراجحة فيما يتعلق بنظرية التوازن المالي للعقود الإدارية»[٤٦١].

وقد انتقدت هذه الفكرة من قبل بعض الفقه أمثال الأستاذ الفرنسي pequignot والأستاذ F. llorens بدعوى أن فكرة التوازن المالي للعقد تقوم على التعويض الكامل في حين أن التعويض في نظرية الظروف الطارئة يكون تعويضاً جزئياً، ويظل كذلك ولو تحملت الإدارة النصيب الأكبر منه[٤٦٢]. ويبين الدكتور ثروت بدوي في رسالته للدكتوراه[٤٦٣] إلى ضرورة التخلص من فكرة التوازن المالي للعقد، حيث إنها فكرة خطرة وغير صحيحة، وتتبدى خطورتها في الطابع العام الذي يريد بعض الفقهاء إضفاءه عليها حيث يسندون كل تعويض يستحقه المتعاقد إلى تلك الفكرة، كما هو رأي دي سوتو، كما ترجع عدم صحة هذه النظرية أيضاً إلى عدم تطابق التعويض الذي يحكم به القاضي في حالة اختلال العقد مع التوازن المالي الذي روعي عند التعاقد، ولتصوير هذه الحالة فقد يحدث أن يقبل المتعاقد عند إبرام العقد أسعاراً غير مجزية نتيجة خطأ من جانبه فإذا حدث وتدخلت الإدارة في تنفيذ العقد بعد ذلك، فإن القضاء يحكم بالتعويض الكامل لا على أساس السعر الذي قبله المتعاقد عند إبرام العقد، ولكن على أساس السعر الحقيقي وقت تدخل الإدارة في التنفيذ، أما الحالة الثانية، فهي حالة إنهاء الإدارة للعقد بلا خطأ، ففكرة التوازن المالي لا يمكن أن تبرر التعويض الذي يحكم به القضاء على الإدارة حيث إنه لا يمكن في هذا الفرض التحدث عن توازن مالي لعقد غير موجود[٤٦٤].

---

(٤٦١) راجع د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٢ ص٦١٠.

(٤٦٢) v. pequignot, théorie général des contrats administratifs, note de J.C.A anciennes éditions Fascicule 511 n0 398 .

وراجع في عرض وجهة نظر الأستاذpequignot والأستاذ F. llorens د. الطماوي، ط٥، ص٦٩٦ ود.عبد العظيم عبد السلام، مرجع سابق، ص٩٢، د. محمد عبد المولى مرجع سابق ص٤٩٠ وما بعدها، والأستاذ André de Laubadére, traite des contrats administratif op. cit p. 384

(٤٦٣) v D Saroit B. le fait de prince dans les contrats administratif thèse Paris 1955

(٤٦٤) راجع - في عرض وجهة نظر د. ثروت بدوي - د. ماهر ابو العينين، مرجع سابق، ص٤١٢، ٤١٣ ود. محمد عبد المولى، مرجع سابق، ص٣٩١ وما بعدها

- الأساس المختار للتعويض في نظرية الظروف الطارئة[٤٦٥]:

أعتقد بداية أن اللجوء إلى فكرة سـير المرافق العامة بانتظام واطراد في القانون الإداري كان فراراً من أسر مبدأ سلطان الإرادة الذي يعتمده القانون الخاص، وبالتالي كانت الفكرة مـلاذاً للقضاء الإداري لتطبيق النظرية على الإدارة التي لا تسـتطيع النكول مع ادعاء هذا المبدأ عن التعويض، إذ هي تعتمد مبدأ سـير المرافق العامة بانتظام واطراد، إلا أن الفكرة لا تخدم النظرية بشـكل عام، فإذا كانت الفكرة تصلح لتغطية بعض العقود وخاصة عقود الالتزام فانها قد لا تصلح لتغطية عقود أخرى، فقد ترى الإدارة أن المرفق العام لن يتوقف عـن أداء خدماته بانتظام واطراد لو توقـف المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته التي توقفت من جراء الظرف الطـارئ، ونضرب لذلك مثلاً في عقود التوريد، فقد يكون لدى الإدارة مخزون احتياطي من المواد التي تكفيها لتجاوز تلك الأزمة، وبالتالي لن يتوقف المرفق العام، والحالة هذه فلن يتمكن المتعاقد لو أصابه ضرر من الحصول على التعويض في حالة لجوئه للقضاء حيث لن يجد هذا الأخير أساساً للتعويض .

كـما أنه في حالة أخرى يمكن للمتعاقد أن يفي بالتزامه على الرغم من الظروف الطارئة التي أخلـت باقتصاديات العقد نتيجة للمقدرة المالية للمتعاقد التي تمكنه من تجاوز تلك الأزمة، وتعنت الإدارة معه من جانب آخر، مما يضطره لإتمام التعاقد حيث تكون الخسارة في الاستمرار أحياناً أقل منها في حالة التوقف، والحالة هذه لم يتوقف سير المرفق العام، فلا يسـتطيع المتعاقد بعد التنفيذ أن يطالب بتطبيق النظرية، والمبدأ الذي على أساسـه يلزم القضاء الإدارة بالتعويض لم يمس، فلم يتوقف المرفق العام بأي شكل عن أداء خدماته، هذا وفكرة سـير المرافق العامـة بانتظام واطراد من ناحية ثالثة لا تخـدم الإدارة حينما يحقق المتعاقـد معها أرباحاً طائلة نتيجة لظروف طارئة أخلت باقتصاديات العقد لصالح المتعاقد محققاً أرباحاً طائلة من وراء الصفقة لم يكن في الحسبان حصولها، فهي خارجة عن توقعات الأطراف وإبرام العقد[٤٦٦].

---

(٤٦٥) راجع د. حمدي العجمي، الأساس القانوني، مرجع سابق، ص٣١٤ وما بعدها.

(٤٦٦) راجع في قابلية تطبيق النظرية على تلك الحالة د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص٦٤٥، وراجع د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص٧٠٧.

أما فكرة التوازن المالي فأعتقد أنها الفكرة الأكثر صواباً في تحديد الأساس القانوني لنظرية الظــروف الطارئة لأنها فكرة نابعة مــن طبيعة العقد ذاته، وبالتالي هي فكرة ملزمة لطرفي العقد، وليس من شــك في أن ســلامة العقد من العيوب مرتبطة بتناسب الأداءات المتقابلة فهي مقصود العاقدين، ولو لم يكن التوازن المالي للعقود محل اعتبار لما كانت هناك حاجة لاعتبار عيوب الإرادة من الغش والتدليس والاستغلال والغلط ..، وبالتالي حين نطبق نظرية الظــروف الطارئــة فالمقصود عودة للتوازن بــين الأداءات المتقابلة، مــع مراعاة أن التوازن الطبيعــي للعقد لا يختل إلا مع بداية الاختلال الذي لم يكن ليتوقعه الأطراف عند التعاقد، وذلك حتى نضمن اســتقرار المعاملات وهو الأمر الذي يكفله شرط النظرية حتى لا تنطبق الأخــيرة إلا عند حدوث اختلال في اقتصاديات العقد، هذا الاختلال يخرج عن الحد المألوف في التعامل، لأن الخســارة العادية لا تستدعي تطبيق النظرية، فالمكسب والخسارة المألوفة أمور مقبولة في التعامل وهو ما يلازم العقود.

كما أنها تحقق دائماً مبدأ دوام ســير المرافق العامة، بالإضافة لذلك فهي قابلة للتطبيق أثناء تنفيذ العقد، وبعد تنفيذه.

وإن الانتقادات التي وجهت إليها قد تخلو من المنطق أحياناً، حيث رفضت فكرة التوازن المالي لا لشيء إلا لأنها تحقق العدالة، حيث إن الأخذ بها يؤدي إلى التعويض الكامل في حين أن النظريــة تقوم من وجهة نظرهم عــلى التعويض الجزئي، وكأن النظرية مكتوب عليها أو مسجل باسمها أن يكون التعويض جزئياً، ولقد ذكرنا سابقاً أن ابتداع فكرة التعويض الجزئي كانت لعدم القدرة ابتداءً بالخروج الصريح على فكرة سلطان الإرادة، وقاعدة العقد شريعة المتعاقديــن، وعليه فلابد ســاعتها أن يكــون التعويض ما هو إلا مســاعدة من قبل الإدارة أوجبها مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ومن جهة أخرى لا محاجة للقول بأن فكرة التــوازن المــالي لا تصلح في حالة تنفيذ العقد، إذ إنه كيف يمكــن إعادة التوازن المالي لعقد غــير موجود، لو أخذنا بهذا المنطق لوجب القول بذلك أيضاً على غيرها من المعايير، كما أن هــذا الافتراض غير صحيح في ذاته حيث لا يمكــن القول بعدم وجود عقد، فالتوازن ينصب عــلى الفترة التي كان العقد فيها موجوداً وذلك أمر لا يمكن إنكاره . لكل هذا أرى أن فكرة التوازن المالي للعقد هي الفكرة الراجحة والتي تقابلها في القانون الخاص فكرة بقاء التعادل

الموضوعــي بين الأداءات العقدية وكلاهما يتلاقى من وجهة نظري مع قول النبي صلى الله عليه وسلم: «بم تأخذ مال أخيك بغير حق»[٤٦٧].

وهــو ما أشــار إليه ابن حجر في تعليقه على الحديث في فتــح الباري حيث قال "أي لو تلف الثمر لانتفى في مقابلته العوض، فكيف يأكله بغير عوض"[٤٦٨].

وهو ما قد أشــار إليــه ديوان المظالم في أحد أحكامه حيث قضى بــأن «مطالبة المدعية بالتعويض تندرج في إطار نظرية الظروف الطارئة التي تقوم على أساس إعادة التوازن المالي للعقــد الإداري الــذي يتعرض المتعاقد مع جهة الإدارة لظــروف طارئة تجعل تنفيذ العقد مرهقاً له»[٤٦٩].

ولا شــك أننا باعتمادنا هذا المعيار فســوف نرتب على ذلــك نتيجة جد مهمة وهي ما يتعلق بمقدار التعويض، حيث يلزم أن يكون التعويض كاملاً على عاتق الإدارة دون مشاركة مــن المتعاقد ويبدأ احتســابه من نهاية الخســارة المألوفة في التعامــل والتي كان يمكن أن يتوقعهــا الأطــراف، طبقاً للظروف التي نشــأ في ظلها العقد والتي تعد مســألة موضوعية يقدرهــا القــاضي طبقاً لما يراه كافيــاً في تحقيق أبعاد تلك المســألة، كانتداب بعض الخبراء المختصين للقيام بهذه المهمة.

ج- سلطة القاضي في التعويض:

تتحدد ســلطات القاضي الإداري في حالة الظــروف الطارئة، في طلب مراجعة العقد من أطرافــه في ضوء الظروف الطارئة، فإن لم يحدث الاتفاق بين الأطراف لجأ القاضي إلى تقدير التعويض، وهو الحل الذي تقرر في قضية غاز بوردو، حيث قرر مبدأ التعويض في حالة عدم اتفاق الأطراف بصفة ودية طبقاً للظروف الطارئة.

وهــو ما قضى به ديــوان المظالم بحكمه: «إذا طرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية كانت أو اقتصادية لم تكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها

(٤٦٧) رواه مسلم، راجع نيل الأوطار للشوكاني، مرجع سابق، ص١٧٧.

(٤٦٨) راجع ابن حجر العسقلاني في فتح الباري، مرجع سابق ج٥ ص٣٠٣.

(٤٦٩) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ٢٥٤/د/إ/١ لعام ١٤٢٩ هـ في القضية رقم ١/١٤٠٥/ق لعام ١٤٢٥ هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية، بالحكم رقم ٣٧٠/إس/١ لعام ١٤٣٠ هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٣٠ هـ ج٥، ص٢٦٨٨.

دفعاً، ومن شــأنها أن تنزل به خســائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً فــإن جهة الإدارة المتعاقدة ملزمة بمشــاركة المتعاقد معها في احتمال نصيب من الخســارة التي لحقت به وذلك ضماناً لتنفيذ العقد الإداري واستدامة لسير المرفق العام الذي يخدمه، ويقتــصر دور القاضي الإداري على الحكم بالتعويض المناســب دون أن يكون له تعديل في الالتزامات العقدية»(٤٧٠).

وقضت المحكمة الإدارية العليا بأنه: «ومن حيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن تطبيــق نظرية الحوادث الطارئــة في الفقه والقضاء الإداري رهين بأن تظهر خلال تنفيذ العقــد حوادث أو ظروف اســتثنائية عامة طبيعية كانت أو اقتصاديــة أو إدارية ....وليس مؤدى تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها أن يمتنع المتعاقد من تنفيذ التزاماته الواردة بالعقد، وإن كانت تتيح له دعوة الإدارة المتعاقدة لمشــاركته في تحمل نصيب من الخسارة التــي حاقت به نتيجة تنفيذ العقد في ظل الظــروف الطارئة، ويقتصر دور القاضي في هذه الحالة على إلزام الإدارة المتعاقدة بالتعويض المناســب دون أن يكون له تعديل الالتزامات العقدية»(٤٧١).

فالقاضي لا يستطيع مراجعة العقد وذلك لأنه

«أولاً: إن مهمــة القاضي الإداري كقاعدة عامة هي تفســير العقود وتطبيق أحكامها لا تعديل شروطها، وهذه قاعدة أساسية لا تختلف فيها العقود الإدارية عن العقود المدنية.

ثانياً: أن القاعدة في القانون الإداري أن القاضي لا يستطيع أن يأمر الإدارة بالقيام بعمل معين، ولو أتيح له تعديل الالتزامات التعاقدية لكان ذلك بمثابة إصدار أوامر للإدارة.

ثالثاً: الحيلولة بين القاضي الإداري وبين تعديل الالتزامات التعاقدية أمر يتفق واعتبارات النفع العام في المقام الأول، فمن الثابت أن الإدارة حين تضمن العقد شروطاً معينة وتحمل المتعاقد بمقتضــاه التزامات محددة فإنها تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة ولو أتيح للقاضي أن يعــدل شروط العقــد رغماً عن الإدارة فقد تتعــرض الإدارة للخطر، ومن ثم فإن دواعي

---

(٤٧٠) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ٥٣/د/إ/١/١ لعام ١٤٣٤هـ في القضية رقم ١/٦٤٨٥/ق لعام ١٤٣١هـ (حكم غير منشور).

(٤٧١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٥٤١ لسنة ٢٩ ق بجلسة ١٩٨٥/١١/٣٠، المجموعة، ١/٣١، ص٤٣٣.

المصلحة العامة واعتبارات النفع العام تقتضي أن تظل شروط العقد نافذة حتى تقبل الإدارة مختــارة تعديلهــا، لأنها لن تفعل ذلك إلا بعد أن تتأكد مقدمــاً من أن المصلحة العامة لن تضار من جراء التعديل، وهذا الاعتبار الأخير لا محل له في القانون الخاص، حيث يعمل كل متعاقد على تحقيق مصلحته الخاصة»(٤٧٢).

وفي ضوء ما ســبق فإن القاضي كي يقوم بتحديد التعويض المالي للمتعاقد فإنه لابد وأن يمر بعــدة مراحل موضوعية، تقتــضي المرحلة الأولى منها أن يحدد مدى توافر شروط النظرية من عدمــه لينتقل للمرحلة الثانية وهي تحديد مقدار التعويض والذي يقوم على أســاس تحديد بدايــة الظرف الطارئ ونهايته، تحديد مقدار الخســارة الجســيمة وذلــك بعد تحديد مقدار الخسارة المألوفة في التعامل، ويكون تحديد تلك الخسارة كما سبقت الإشارة بالنظر إلى العقد في مجموعــه وليس إلى عنصر من عناصره، فإنه إذا كانت قد تحققت خســارة في عنصر معين فقد يقابلها وفر في عنصر آخر بما يغطي تلك الخسارة، ولذلك يتم النظر إلى ما حققه المتعاقد مــن أرباح عن كل ما يتعلق بالعملية العقدية وهو ما فصلته المحكمة الإدارية العليا بقولها: "يجب لتقدير انقلاب اقتصاديات العقد واعتبارها قائمة، أن يدخل في الحســاب جميع عناصر العقد التــي تؤثر في اقتصادياته، واعتبار العقد في ذلك وحدة واحدة ويفحص في مجموعه، لا أن ينظــر إلى أحــد عناصره فقط، بل يكون ذلك بمراعاة جميع العناصر التي يتألف منها إذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزياً ومعوضاً عن العناصر الأخرى التي أدت إلى الخسارة"(٤٧٣)، ثم تأتي المرحلة الأخيرة وهي تقســيم تلك الخســارة على طرفي التعاقد، حسب الرأي الغالب فقهاً وقضاءً، وحســب وجهة نظري أرى تحميل الإدارة التعويض كاملاً لتحقيق التوزان المالي للعقد الــذي يحقق العدالة بشــكل كامل، حيث لو قامــت الإدارة بالتعاقد في مثل هذه الظروف لما تعاقدت إلا بالأسعار الحالية التي هي بعينها التي سيحصل عليها المتعاقد.

لا شــك أن هذه المراحل تحتاج إلى خبرة فنية وإعــمال للقواعد القانونية وتكون الأولى مهمة الخبراء تحت رقابة القضاء والثانية من مقتضيات عمل القاضي(٤٧٤).

---

(٤٧٢) راجع د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص٦٩٣، ٦٩٤.

(٤٧٣) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعنين رقمي ٥٤٩ و٨٠١ لسنة ٣٥ق بجلسة ١٩٩٣/٤/٤، المجموعة، ٢/٣٨، القاعدة رقم ٩٣، ص٨٩٦.

(٤٧٤) لمزيد من التفاصيل فيما يتعلق بأحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا الموضوع د. محمد عبد الله السناري، مبادئ

وتتحمل بشكل عام الجهة المتعاقدة النصيب الأوفر في تحمل الخسارة، من ذلك ما قضى به الديوان في أحد أحكامه بأنه «ومن حيث إنه لا شــك تعتبر هذه الخســارة فادحة تجاوز المألــوف في التعامل، وتزيد كثيراً على ما يمكن أن يدخل في حســبان أي متعاقد، وتؤدي بلا ريب إلى قلب اقتصاديات العقد، مما يتوافر بها مناط إعمال نظرية الظروف الطارئة، ومن ثم مســاهمة الحكومة في تعويض هذه الخســارة، وترى هذه اللجنة تحديد هذا التعويض بنسبة ٧٠٪ من قيمة الخسارة المذكورة».

وفي حكم آخر قضى بأن «التعويض لا يســتحق إلا إذا انقلبت اقتصاديات العقد بمعنى أنه يترتب على تنفيذ العقد خسارة تجاوز في فداحتها الخسارة العادية المألوفة التي يتحملها أي متعاقد أثناء التنفيذ وهذا التعويض الذي يدفع لا يشــمل الخســارة كلها ولا يغطي إلا جــزءاً من الأضرار التي تصيــب المتعاقد ولا يجوز للمتعاقــد أن يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه نقصت أو لفوات كســب، ويجب أن تكون الخســارة واضحــة متميزة في العقد بمعنــى أن يكــون تقدير انقلاب اقتصاديات العقد قائماً على أنه يدخل في الحســاب جميع عنــاصر العقد التي تؤثر في اقتصادياتــه، فيعتبر العقد في ذلك وحدة ويفحص في مجموعه، لا أن ينظــر إلى أحد عناصره فقط بل يكون ذلــك بمراعاة جميع العناصر التي يتألف منها، إذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزياً وتعوض عن العناصر التي تســتتبع الخســارة، ومن ثــم فإن انقلاب اقتصاديات العقد مســألة لا تظهر ولا يمكن التحقــق من وجودها إلا من المســتخلصات النهائية وعند عمل الحســاب الختامي، وهو لا يكون إلا بعد إنجاز الأعمال، وبذلك يمكن تحديد التعويض وطلبه على أســاس نظرية الظروف الطارئة، وفى توزيع عبء الخسارة بين طرفي العقد تراعى اعتبارات متعددة منها النتائج النهائية للمشروع ولا يدخل في حساب تلك الخسائر الأرباح المحتملة في المستقبل، كما أن الإدارة لا تشارك المتعاقد معها إلا في الفرق بين الخســائر العادية المحتملة والخســائر التي تتجاوز الحد المعقول للأسعار، دون أن تشــاركه في كامل الخســارة أو تعوضه عما فاته من ربح، ومرد ذلك إلى أن نظرية الظروف الطارئة تقوم على أســاس مبدأ جوهري هو توزيع أعباء الخسارة الفادحة المترتبة على الظرف الطارئ بين الإدارة والمتعاقد، إذا لم تشأ الإدارة أن تعدل الالتزامات العقدية بما يتفق والوضع الجديد.

وأحكام العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٣٩٦.

قدرت الدائرة التعويض الذي تستحقه الشركة المدعية قبل الوزارة المدعى عليها في هذا الشــأن على أســاس تحمل الوزارة بنسبة ٨٠٪ من كامل الخســارة التي لحقت بالشركة من جراء ارتفاع الأسعار والأصل في توزيع عبء الخسارة بين طرفي العقد طبقاً لنظرية الظروف الطارئــة أن الإدارة لا تشــارك المتعاقــد معهــا إلا في الفرق بين الخســارة العادية المحتملة والخسارة التي تجاوز الحد المعقول للأجور والأسعار دون أن تشاركها في كامل الخسارة»[٤٧٥].

هذا وتجدر الاشــارة إلى أن عقد الأشــغال العامة قد عالج الظــروف الطارئة في حالات الحــرب في المادة رقــم (٥٥) منه تحت بند المخاطر الخاصة والتــي نصت على أنه «يقصد بالمخاطر الخاصة الحرب وأعمال الغزو من قوات معادية والأعمال العسكرية وما شابهها».

ولا يكون المقاول مسؤولاً بالتعويض أو غيره عن أي تخريب أو تدمير للأعمال أو الأعمال المؤقتة أو ممتلكات صاحب العمل أو أي شخص ثالث أو أي عطل وضرر يلحق بالأرواح إذا كان هذا التخريب أو التدمير أو العطل أو الضرر ناشئاً عن المخاطر الخاصة.

وفيــما عدا ما يكون خاضعاً للإزالة والرفض بموجب المادة (٣١) يكون للمقاول الحق في أن يدفــع له صاحب العمل قيمــة الأعمال أو الأعمال المؤقتة أو المواد متى ثبت تخصيصها للعمل، إذا أصابها تخريب أو تدمير ناشئ عن المخاطر الخاصة سواءً كانت في موقع الأعمال أو قربه أو في الطريق إليه، كما يكون للمقاول الحق في أن يدفع له صاحب العمل التكاليف اللازمــة لإعادة تصليــح الأعمال أو الأعمال المؤقتة إلى الحد الــذي يعتبره المهندس ضرورياً وذلك على أســاس سعر الكلفة مضافاً إليه مقدار الربح المعقول كما يحدد المهندس. إن أي خراب أو ضرر أو خســارة في الأرواح يحدث نتيجــة لانفجار أو ضغط في أي مكان أو زمان بســبب لغم أو قنبلة أو قذيفة أو ذخيرة أو متفجرات أو أية مواد حربية يعتبر ناشــئاً عن المخاطر الخاصة ويطبق عليه حكمها كما هو منصوص عليه في هذه المادة ما لم يكن ناشئاً عن فعل أو إهمال المقاول أو مقاوليه الفرعيين أو مستخدميهم.

وإذا نشبت الحرب أثناء سريان هذا العقد فإن على المقاول أن يقوم باتخاذ جميع التدابير الممكنة والجهود لإتمام الأعمال على أن يراعي دائماً أن لصاحب العمل الحق في كل وقت بعد

(٤٧٥) راجــع قــرار ديوان المظالم رقم ١/ت لعام ١٤٠٠، بجلســة ١٤٠٠/٢/١٨هـ في القضية رقــم ١٢٩/ق لعام ١٣٨٩هـ مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية التي قررتها لجنة تدقيق القضايا خلال عام ١٤٠٠هـ ص٣.

نشوب الحرب في إنهاء العقد بموجب خطاب كتابي للمقاول، وعند إعطاء هذا الإخطار يصبح العقــد منتهياً عدا ما يختص بحقوق الطرفين التي تنص عليها هذه المادة وكذلك المادة (٥٦) وبدون إخلال بحقوق أي من الطرفين المتعلقة بأية مخالفة سابقة لإنهاء العقد.

ونصت المادة (٥٦) على أنه «في حالة إنهاء العقد بسبب نشوب الحرب على النحو المبين آنفاً يجب على صاحب العمل أن يدفع للمقاول جميع الحقوق المســتحقة له عن الأعمال التي قام بتنفيذها بالإضافة إلى قيمة المواد والبضائع التي تم توريدها إلى الموقع، وذلك بعد خصم المبالغ المتبقية له بذمة المقاول من رصيد الدفعات المقدمة والمسددة إليه أو أي مبلغ آخر جرى تسديده للمقاول على حساب تنفيذ العمل».

ويبقى الســؤال قبل الأخير عن القيمة القانونية للاشــتراط العقدي بعدم إعمال نظرية الظروف الطارئة، فهل يعد في هذه الحالة ذلك الشرط مانعاً من إعمال القاضي ســلطته في تطبيــق هذه النظرية، يرى البعض أنه قد اســتقر قضاء مجلــس الدولة الفرنسي على عدم مشروعية هذا الشرط الذي بمقتضاه يتنــازل المتعاقد مقدماً عن الحق بالمطالبة بالتعويض عن الظروف التي تطرأ بعد إبرام العقد، وقضى المجلس في نصوص صريحة في أحد أحكامه أنه إذا كان أحد نصوص العقد يشــترط أن الســعر الجزافي يشمل كل ارتفاع يمكن أن يترتب على تطبيق التشريعات الاجتماعية الجديدة، وأن هذا الســعر غير قابل لإعادة النظر وغير قابــل للتحفظ من أي طبيعــة كانت، فإن هذا الشرط لا يمكن بذاته أن يســتبعد كل حق للمؤسسة في طلب الاستفادة من نظرية الظروف الطارئة»[٤٧٦].

وأيضاً فإن الفقه كما يشــير البعض قد أجمع على عدم مشروعية تضمين العقد شروطاً عامة تنص على عدم مسؤولية الإدارة في مواجهة المتعاقد، فيرى الفقيه الفرنسي دي لوبادير أن مثل تلك الشروط التي بمقتضاها تشــترط على المتعاقد معها التنازل مقدماً عن حقه في المطالبة بالتعويض عن الظروف التي يصادفها أثناء تنفيذ العقد ليست لها أي قيمة... كما أن تطبيق النظرية يجب أن يعتبر من النظام العام لأنها وسيلة لضمان سير المرافق العامة وتحقيقاً للصالح العام.[٤٧٧].

(٤٧٦) راجع د. حسن محمد على حسن، أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد ١٦، العدد ٥٨، السنة ١٨، العدد ٥٨، ٢٠١٣، ص ٢٠٦. وراجع د. محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية، مرجع سابق، ٤٠٦.

(٤٧٧) راجع في عرض هذا د. محمد عبد العال الســناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية، مرجع ســابق، ص٤٠٦، أندريه ج٣، ص١١٠.

هــذا وقد أخذ القانون المدني المصري [٤٧٨] الذي ينظــم العلاقات الفردية بهذه النظرية واعتبر أن أي اتفاق على استبعادها يكون باطلاً حيث نصت المادة (١٤٧) منه على أن:

«١- العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون.

ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثهــا أن تنفيذ الالتــزام التعاقدي، وإن لم يصبح مســتحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيــث يهدده بخســارة فادحة، جاز للقــاضي تبعاً للظــروف والموازنة بين مصلحة الطرفــين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

فــإذا كان ذلــك في القانون العادي ففي القانون الإداري الــذي هو أصل النظرية يكون أولى وأوجب.

وهــو شرط ممقوت شرعاً إذ كيــف يؤخذ المال بغير وجه حق؟ فهو كما قال النبي صلى الله عليه وسلم فيما جاء في صحيح مسلم عن مسألة الجوائح عن جابر رضي الله عنه قال: قال رســول الله صلى الله عليه وسلم: «لو بعت من أخيك ثمراً فأصابتها جائحة فلا يحل أن تأخذ منه شيئاً بم تأخذ مال أخيك بغير حق» وروى الإمام مسلم في صحيحه كذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر «بوضع الجوائح»[٤٧٩].

وهو أيضاً كما قال النبي صلي الله عليه وســلم: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً».

إن وجــود أي شرط يحــرم المتعاقد من التعويــض العادل يكون الــشرط باطلاً، وعليه يستحق المتعاقد التعويض.

أما حالة التعويض الاتفاقي والذي يعني الاتفاق على تعويض معين عند حدوث الظروف الطارئة، فيشــير البعض بأن هناك إجماعاً من الفقه والقضاء الإداري في مصر وفرنســا على

(٤٧٨) راجع القانون المدني المصري رقم ١٣٨ لسنة ١٩٤٨.

(٤٧٩) رواه الإمام مسلم، مرجع سابق، ج٥ ص٢٩.

مشروعية الشرط وفي هذه الحالة يكون بمثابة تعويض اتفاقي بين طرفي العقد[٤٨٠].

غير أنه وفقاً لهذا الاتجاه فإنه يجوز الاستناد إلى الظروف الطارئة حتى مع وجود الشرط الاتفاقي وذلك في الحالات الآتية:

- عدم التمكن من تطبيق الشروط الواردة في العقد. كحالة صدور تشريع معين يفرض تجميد الأجور أو الأسعار ففي هذه الحالة لا تستطيع الإدارة تطبيق الشروط لأنها لا تستطيع النظر في الأسعار.

- إذا تبين عدم جدوى تطبيق هذه الشروط لمواجهة الآثار المترتبة على الظروف الطارئة.

- إذا تضمن العقد نصاً يجيز للمتعاقد فسخ العقد عند قيام حالة الظروف الطارئة[٤٨١].

وأعتقد أيضاً أنه لا مشروعية لهذا الشرط لأنه يحمل كثيراً من الغرر والجهالة وينطبق عليه ما على سابقه، ولذلك فإن من يقول بمشروعية هذا الشرط قد أقر بحق المتعاقد في التعويض إذا فاقت الظروف حد التعويض الاتفاقي[٤٨٢].

وأعتقد أن هذه النظرية وأخواتها قد غدت من النظام العام للعقود الإدارية وعليه فلا يعتد بهكذا شرط، ويستطيع المتعاقد أن يطلب التعويض رغم وجود أي شروط تمنع من تطبيق هذه النظرية وغيرها من نظريات التوازن المالي، كما يستطيع القاضي تجاوز قيمة التعويض لو كان هناك اتفاق على تعويض معين عند حدوث الظروف الطارئة، وله كذلك إنقاصه تحقيقاً للتوازن المالي للعقود لطرفي العقد كليهما.

وفيه قضت محكمة القضاء الإداري منذ وقت طويل أنه «من المقرر في العقود الإدارية أن جهة الإدارة لا تملك أن تضع فيها نصاً عاماً بعدم مسؤوليتها، يعفيها من الالتزام بتعويض

(٤٨٠) راجع د. حسن محمد على حسن، مرجع سابق، ص٢٠٧، ٢٠٨، وذكر سعادته للتدليل على الإجماع د. على الفحام سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري (دراسة مقارنة) أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٥، ص٤٠٣، د. محمد سعيد حسين أمين، الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ١٩٨٤، ٦٧٦. وأعتقد أن هذا لا يمثل إجماعاً وإنما هي آراء يؤخذ منها وعليها.

(٤٨١) راجع د. محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود، مرجع سابق، ص٤٠٩ وما بعدها.

(٤٨٢) راجع د. محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود، مرجع سابق، ص٤٠٩. ود. حسن محمد على حسن، مرجع سابق، ص٢٠٨.

الضرر الحادث للمتعاقد معها، لأن ذلك يتعارض مع المبادئ المقررة في القانون الإداري من ثبوت حق المتعاقد مع الإدارة طبقاً للنظريات السائدة في نظام العقود الإدارية ومنها حقه في التوازن المالي للعقد»[٤٨٣].

غير أنه تجدر الاشارة إلى أن الاتفاق اللاحق على وقوع الظرف الطارئ على تعويض معين لمواجهة الظرف الطارئ فإنه في هذه الحالة يعتبر مقبولاً ولا يجوز النزاع فيه مرة أخرى إذا استوفى الشرائط القانونية للعقود.

وأخيراً في هذا الموضوع هل يمكن للإدارة أن تتمسك بنظرية الظروف الطارئة؟ يقول البعض من الفقه أنه ليس هناك ما يمنع قانوناً أن تتمسك الإدارة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة ليتحمل المتعاقد معها جانباً من الخسائر المرهقة التي تترتب على الظرف الطارئ[٤٨٤]، وهو ما أشار إليه صراحة الدكتور السنهوري بقوله: "..فللحكومة أيضاً أن تتمسك قبله بهذه النظرية إذا كانت الصفقة التي عقدتها تهددها بخسارة فادحة بالنسبة للصفقة ذاتها، ولا يعتد بأن الحكومة لا يرهقها أن تتحمل هذه الخسارة إذ هي شيء هين بالنسبة لميزانيتها الضخمة"[٤٨٥].

وأعتقد أن ذلك صحيح إذا أدت الظروف الطارئة إلى اختلال في اقتصاديات العقد بالنسبة للجهة الإدارية، إذ إنه في هذه الحالة يكون ما يحصل عليه المتعاقد يفوق حدود الأرباح العادية التي كانت متوقعة عند إبرام العقد، وهو ما يكون على حساب المصلحة العامة، ويكون مرهقاً وجسيماً على ذات الصفقة العقدية، ويمكن أن نأخذ به في المملكة قياساً على ما حدده النص الوارد في نظام المنافسات المتعلق بنظرية عمل الأمير والذي ينص على أنه «عند تعديل التعريفة الجمركية أو الرسوم أو الضرائب أو المواد أو الخدمات المسعرة رسمياً بالزيادة أو النقص – بعد تاريخ تقديم العرض – تزاد قيمة العقد أو تنقص – بحسب الأحوال – بمقدار الفرق. ويشترط لدفع الفرق الناتج عن الزيادة ما يلي:

---

(٤٨٣) راجع حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٩/٩٨٣ ق بجلسة ١٩٥٧/٦/٣٠، المجموعة السنة ١١، بند ٣٧٧، ص٦٢٤، وحكمها في القضية رقم ١١/١١٥١ق بجلسة ١٩٦٠/١٢/٢٥، المجموعة السنة ١٤، بند ٥٧، ص ٧٢،٧٣. راجع د. محمد فؤاد عبد الباسط، ص٤٥٤.

(٤٨٤) راجع د. محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود، مرجع سابق، ص٤٠٢.

(٤٨٥) راجع د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص٦٤٥.

..... وفي كل الأحــوال يخصــم من المتعاقد مقدار الفرق في الرســوم أو الضرائب أو المواد أو الخدمات المســعرة رســمياً بعد تخفيضها ما لم يثبت المتعاقد أنه أداها على أساس الفئات الأصلية قبل التعديل».

فكما أعطى النص الحق للمتعاقد الحصول على الفرق عند زيادة الرسوم وغيرها مما هو مشــار إليه في النص، فقد أعطى الحق ذاته لــلإدارة عند تخفيض ذلك، ما لم يثبت المتعاقد أنه أداها وفقاً للأسعار قبل تعديلها.

وختاماً فإن مجلس الوزراء نظراً لأهمية إنجاز المشــاريع الحكومية والتي تعثرت لعدة أسباب، منها ما يعود إلى ارتفاع أسعار بعض المواد بما شكل ظروفاً طارئة، فقد أصدر قراره رقــم ١٥٥بتاريــخ ١٤٢٩/٦/٥هـ بالموافقة على قواعد وإجــراءات معالجة التأخير في تنفيذ المشــاريع الحكومية ويجري نصــه «إن مجلس الوزراء بعد الاطلاع عــلى المعاملة الواردة بالأمر الســامي رقــم (٣٤٥٧/ م ب) وتاريخ ١٤٢٩/٤/٢١هـ المشــتملة على برقية صاحب الســمو الملكي وزير الشــؤون البلدية والقروية رقم ٢٨٧٩٧ وتاريخ ١٤٢٩/٤/١٥هـ المشار فيها إلى الأمر الســامي رقم (٢٠٧٢/م ب) وتاريخ ١٠ / ١٤٢٩/٣هـ القاضي بتشــكيل لجنة وزاريــة لدراســة موضوع تأخر بعــض المقاولين في تنفيذ المشروعــات وكيفية التعامل مع هــذه الظاهرة، والقاضي بإنفاذ ما وجه به مجلس الوزراء خلال جلســته المنعقدة بتاريخ ٩/ ١٤٢٩/٣هـــ من تشــكيل لجنة وزارية برئاســة صاحب الســمو الملكي وزير الشــؤون البلدية، والقروية وعضوية كل من أصحاب المعالي وزراء (العمل، والتعليم العالي، والتربية والتعليــم، والصحة، والنقل، والمياه والكهرباء) وبمشــاركة كل من أصحــاب المعالي وزراء (الماليــة، والاقتصاد والتخطيط، والتجارة والصناعة) لدراســة هذا الموضوع دراســة دقيقة تشمل جميع جوانبه.

وبعــد الاطلاع على المحضر المرافق لبرقية صاحب الســمو الملكي وزير الشــؤون البلدية والقرويــة المشــار إليها أعلاه. وبعد الاطلاع على نظام المنافســات والمشــتريات الحكومية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٨) وتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ. وبعد الاطلاع على توصية اللجنة العامة لمجلس الوزراء رقم (٣٨٠) ١٤٢٩/٦/٥هـ.

يقرر ما يلي:

أولاً: الموافقة على قواعد وإجراءات معالجة التأخير في تنفيذ المشــاريع الحكومية وذلك بالصيغة المرافقة .

ثانياً: تشكل لجنة من وزارة المالية، ووزارة الاقتصاد والتخطيط، ووزارة التجارة والصناعة، والمياه والكهرباء، والتربية والتعليم، والنقل، والصحة، والشؤون البلدية والقروية لوضع آلية واضحــة ومحــددة لتعويض المقاولين عــن الزيادة التي طرأت على الأســعار وفق تصنيف للعقود حسب طبيعتها، على أن يراعى ما يلي:

أ - أن يقتــصر النظــر في التعويض على الأعــمال التي نفذت أو جــارٍ تنفيذها بعد تاريخ ١٤٢٨/١/١هــ طبقاً للكميات الموضحة بموجب المســتخلصات وتقاريــر التنفيذ التي حددها الاستشــاري المشرف على تنفيذ المشروع واعتمدتهــا الإدارة الفنية لدى الجهة الحكومية صاحبة المشروع.

ب - ألا يشــمل التعويض المشــاريع التــي فتحت مظاريفها ابتداءً مــن تاريخ صدور هذا القرار.

ج - أن يقتصر النظر في التعويض على بنود العقد الخاصة بالخرسانة المسلحة، والإسمنت، والحديد، والأخشاب، والكيابل.

د - أن تتولى اللجنة تحديد متوســط الزيادة في أســعار المواد المشــار إليها في الفقرة (ج) أعــلاه وفقاً للمؤشرات التي تصدرها الجهات الرســمية وقت توفير المقاول لتلك المواد.

هــ - أن يُصدر وزير الماليــة الإجراءات اللازمة لتنفيذ آليــة التعويض المذكورة وإبلاغ الجهات الحكومية بذلك.

و - تتولى وزارة المالية دفع التعويضات اللازمة.

وقــد صدرت التعليــمات الإجرائية لهذا القــرار بتعميم وزير الماليــة رقم ٥٩٣٩٢/٢/٨ وتاريخ ١٤٢٩/٧/٢٠هــ والتي تضمنت ما يلي:

أولاً: العمــل بالمعــدلات التي توصلت لها اللجنة المشــكلة بموجب الفقــرة (ثانياً) من قرار مجلس الوزراء المشار اليها أعلاه ويتم تطبيقها من قبل جميع الجهات الحكومية عند

تحديد مبلغ التعويض عن متوسط الزيادة في الأسعار للمواد المحددة بقرار مجلس الوزراء (الخرسانة المسلحة، والأسمنت، والحديد، والاخشاب، والكيابل) وذلك للأعمال التي فتحت مظاريفهـا قبـل ١٤٢٨/١/١هـ وجاري تنفيذهـا بعد ذلك التاريخ والأعـمال التي فتحت مظاريفها بعد ١٤٢٨/١/١هـ وفقاً للملحق المرفق رقم (١).

ثانياً: تحديد كميات المواد الأساسـية الواردة بقرار مجلس الوزراء المشـار اليه أعلاه وفقاً للكميـات المحددة في المسـتخلص المقدم من مقـاول التنفيذ والمعتمد من قبل الاستشـاري المشرف على المشروع والإدارة الفنية في الجهة الحكومية بموجب تقرير فني يُعد لذلك الغرض.

ثالثاً: لتحديد مبلغ التعويض وتطبيق المعدلات الواردة في الفقرة أولاً أعلاه يلزم الرجوع إلى متوسـط الأسـعار الشـهرية الواردة من الجهات المختصة وفقاً للملحق المرفق رقم (٢) المعتمـد من وزارتي التجـارة والصناعة والاقتصاد والتخطيط (مصلحـة الإحصاءات العامة والمعلومـات) وبحيث يتـم العمل بها حتى نهايـة الربع الثاني من عـام ٢٠٠٨ م، على أن تقـوم الجهتان بإعداد بيانات مماثلة عن الربـع الثالث من نفس العام يتم تزويد الجهات الحكومية بها عند الطلب.

رابعاً: تقوم مصلحة الإحصاءات العامة والمعلومات بإعداد وجمع وتجهيز ونشر البيانات الشهرية المتعلقة بمعدلات الأسعار للمواد المشار اليها في قرار مجلس الوزراء اعتباراً من الربع الرابـع ٢٠٠٨م على موقعها الإلكتروني وتزويـد الجهات الحكومية بتلك البيانات عند طلبها، على أن تقوم وزارة التجارة والصناعة من جانبها وبشـكل شهري بتزويد مصلحة الإحصاءات العامة والمعلومات بأسعار تلك المواد في موعد لا يتجاوز أسبوع من نهاية كل شهر.

خامساً: يتم الالتزام بالخطوات التالية:

١- يقدم المقاول أو المتعهد المستخلصات وفقاً للأسعار المتعاقد عليها.

٢- يتم إعداد مستخلص آخر للتعويض يتضمن البنود والكميات المنفذة بعد ١٤٢٨/١/١هـ والسـعر الإفرادي للوحدة حسـب العقد، والسعر الإجمالي للبند المنفذ ليتم على ضوئه تحديـد إجمالي مبلغ التعويض عن فرق الأسـعار وفق المعدلات المشـار اليها في الفقرة (أولاً) ومتوسط أسعار المواد الواردة في الفقرة (ثالثاً).

٣- يتم تدقيق ومراجعة الكميات والأسـعار الإفراديـة والإجمالية من قبل الإدارة الفنية في الجهة، ومراجعة الكميات والأسعار الإفرادية والإجمالية من قبل الإدارة الفنية في الجهة الحكومية وإعداد تقرير فني بذلك والمصادقة عليه من مدير الإدارة الفنية أو من ينوب عنه ومن ثم اعتماده من صاحب الصلاحية المخول باعتماد المسـتخلصات الجارية، مع النـص في التقرير على أن الأعمال تم تنفيذها خلال الفترة المحددة بقرار مجلس الوزراء رقم (١٥٥) وتاريخ ١٤٢٩/٦/٥هـ.

٤ – يُرفق ضمن مصوغات الصرف النظامية ما يأتي:

أ- أصل مستخلص التعويض عن فرق الأسعار الواردة في الفقرة (٢) أعلاه.

ب– التقريـر المعد من الجهة الفنية والمعتمد مـن صاحب الصلاحية وفقاً لما هو وارد في الفقرة (٣) أعلاه.

ج– صورة مصدقة من مستخلص الأعمال المنفذة خلال الفترة (المستخلص الأساسي).

د – صورة من محضر لجنة فتح المظاريف الخاصة بالمشروع.

سادساً: العقود التي تأخر المقاول في تنفيذها وجار تنفيذها بعد ١٤٢٨/١/١هـ يشملها التعويض للمواد المشار اليها في قرار مجلس الوزراء.

سـابعاً: عـدم تطبيق غرامة التأخير عـلى مبلغ التعويض حيـث إن الغرامة تطبق على القيمة التعاقدية.

ثامناً: إن قيمة التعويض عن ارتفاع الأسعار ليس لها تأثير عند ممارسة الجهة صلاحياتها في الزيادة (١٠) بالمائة أو التخفيض (٢٠) بالمائة من قيمة العقد ويتم الاعتماد على الأسعار المتعاقد عليها عند تحديد هذه النسبة.

تاسعاً: لا يشمل التعويض للأعمال التي فتحت مظاريفها بعد تاريخ صدور قرار مجلس الـوزراء رقم (١٥٥) وتاريخ ١٤٢٩/٦/٥ هـ، كما لا يشـمل البنود المسـتحدثة بعد تاريخ صدور القرار المذكور.

عــاشراً: يُقتصر التعويــض على البنود المشــار إليها في قرار مجلس الــوزراء رقم (١٥٥) وتاريخ ١٤٢٩/٦/٥ هـــ التي تدخل في أعمال المشــاريع ولا يشمل ذلك الأثاث والتجهيزات والمعدات والمواد المستخدمة لإتمام الأعمال.

حادي عشر: بالنسبة للأعمال المسحوبة يكون التعويض عنها على النحو التالي:

أ - في العقــود المســحوبة أعمالها من المقاول إذا كان الجــزء المنفذ من المقاول الأصلي يقع في الفترة المشــار إليهــا بقرار مجلس الوزراء فإنه يســتحق التعويض عن الأعمال التي نفذها على ألا تســتكمل إجراءات صرف التعويض له إلا بعد التســوية النهائية للفروقات بين العقدين.

ب - الأعمال المنفذة من قبل المقاول البديل خلال فترة التعويض المنصوص عليها بقرار مجلس الوزراء فيُعوَض عنها المقاول البديل ويصرف له مبلغ التعويض.

ثاني عشر: يتم صرف قيمة التعويض المقررة وفقاً لما أشير اليه أعلاه من الاعتماد المخصص للمشروع المدرج بالميزانية».

ثانياً: نظرية أعمال السلطة[٤٨٦]:

أ-تعريف نظرية أعمال السلطة:

نظرية أعمال الســلطة في العقــود الإدارية أو نظرية عمل الأمــير، هي نظرية من صنع مجلــس الدولة الفرنسي، وتعرف هذه النظرية بأنها: «كل عمل مشروع يصدر من الســلطة التــي أبرمت العقــد وينصب إما على ذات العقد أو على ظــروف تنفيذه، فيؤدي إلى زيادة الأعبــاء المالية للمتعاقد، ويرتب له الحق في التعويض، وقد يظهر فعل الأمير في إجراء فردي يصدر بتعديل شروط العقد أو نظام المرفق العام المتعلق به، كما قد يكون إجراءً عاماً، ولكنه يؤثــر في موضوع العقد بتعديل الظــروف التي وضعت في الاعتبار عند إبرامه، وذلك كما في

(٤٨٦) يشــير البعض من الفقه إلى أن اصطلاح فعل الأمير كان يطلق على كل إجراء تعســفي له خصيصة القهر ولا يرتكز إلا على مكنات الضغط والإكراه التي تكون تحت يد صاحب السلطان، وتبعاً لذلك يعتبر نظاماً متوقفاً على مشيئة الحاكم أما اليوم فيقصد بذلك الاصطلاح: كل عمل أمرت به سلطة عامة يلتزم الأفراد باحترامه والخضوع له، راجع د. محمد عبد العال الســناري، مبادئ وأحكام العقود، مرجع ســابق، ص٤٠٢، وراجع د. محمد فؤاد عبد الباســط مرجع سابق، ص٤١١، الذي أرجع التسمية إلى أنها ترمز إلى السلطة العامة.

حالة رفع أسعار السلع التي يستعملها المتعاقد في تنفيذ العقد أو رفع أجور العمال أو زيادة الضرائب»[٤٨٧].

يتضح من السياق السابق لتعريف النظرية ومجمل شروطها بما لا خلاف فيه بين الفقهاء سوى في مصدر الإجراء، ففي هذا التعريف يشترط أن يكون من قبل الجهة المتعاقدة في حين لا يشــترط البعض ذلك، ويتجهون إلى أن النظرية تتشــكل في كل إجراء تتوافر فيه الشروط سواءً كان من السلطة التي أبرمت العقد أم من غيرها، وعليه تعرف النظرية بأنها كل عمل يصدر من ســلطة عامة دون خطأ من جانبها يكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد، يلحق به ضرراً يستوجب إعادة التوازن المالي للعقد[٤٨٨].

وقد أخذ نظام المنافســات والمشتريات الحكومية بنظرية عمل السلطة فقد نصت المادة (٤٣) منــه عــلى أنه «عنــد تعديل التعريفة الجمركية أو الرســوم أو الضرائــب أو المواد أو الخدمات المســعرة رسمياً بالزيادة أو النقص – بعد تاريخ تقديم العرض – تزاد قيمة العقد أو تنقص – بحسب الأحوال – بمقدار الفرق. ويشترط لدفع الفرق الناتج عن الزيادة ما يلي:

أ- أن يثبــت المتعاقــد أنه دفع التعريفة الجمركية أو الرســوم أو الضرائــب أو المواد أو الخدمات المسعرة رسمياً على أســاس الفئات المعدلة بالزيادة نتيجة توريده مواد مخصصة لأعمال العقد.

ب- ألا يكــون تعديل التعريفة الجمركية أو الرســوم أو الضرائــب أو المواد أو الخدمات المسعرة رسمياً قد صدر بعد انتهاء المدة المحددة لتنفيذ العقد. أو أن يكون تحمل المتعاقد لها نتيجة لتأخره في التنفيذ، إلا إذا أثبت أن التأخير كان بسبب خارج عن إرادته.

وفي كل الأحــوال يخصم من المتعاقــد مقدار الفرق في الرســوم أو الضرائب أو المواد أو الخدمات المســعرة رســمياً بعد تخفيضها ما لم يثبت المتعاقد أنه أداها على أســاس الفئات الأصلية قبل التعديل».

---

(٤٨٧) راجع د. ثروت بدوي، نظرية عمل الأمير رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة باريس، ١٩٥٤، نقلا عن د. ماجد الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص١٨٤.

(٤٨٨) راجع د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ٥٩٨، ود. عبد العزيز خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٢١٣.

وقد أخذ ديوان المظالم بهذه النظرية بالشــكل المشــار إليه ســواءً أشار إلى النظرية بمضمونها دون تســميتها الاصطلاحية أم أشــار إلى تلك التســمية وفي هذا الشأن قضى الديــوان بأنه «وحيث إن شروط نظرية فعل الأمير وهي وجود عقد مع الجهة الإدارية وأن يصدر من جهة الإدارة عمل ضار بالمتعاقد، بالإضافة إلى كونه غير متوقع، مع افتراض أن جهــة الإدارة لم تخطــئ حين قامــت بعملها الضار، وأن يلحــق المتعاقد ضرر خاص، وحيــث توافرت هذه الشروط في الدعــوى الماثلة حيث إن المدعية تعاقدت مع المدعى عليهــا على تنفيذ مشروع .. وإنه خلال تنفيذ العقد زادت أســعار البيتومين الأســفلت إذ كان ســعر الطن قبل التبليغ بترســية المشروع بناءً على الأسعار الواردة بشركة أرامكو الســعودية (١٥٠) ريالاً ثــم زاد بعد ذلك إلى (٢٥٠) ريالاً وبالتــالي فإن هذه الزيادة لم تأخذها المدعية بالحســاب أثناء تقديم عطائها .. وفي تحمل المدعية قيمة تلك الزيادة زيــادة في أعباء المدعية المالية بلا مقابل فلا يســوغ تحميلها إياهــا دون رضاها، وفيها إضرار بها يجب رفعه وإزالته لقول الرســول صلى الله عليه وســلم: (لا ضرر ولا ضرار) وللقاعــدة الشرعية (الضرر يزال) ولا يزول الضرر إلا بتعويض المدعية عما دفعته زيادة عن الســعر عند توقيع العقــد، وحيث إنه لا فرق بين زيادة الرســوم الجمركية وزيادة أســعار الأســفلت فكلها صدرت وتصدر من الحكومة، والحكومة وحدة واحدة والوزارة المتفرعــة عنهــا تابعة لها، ووزارة النقل المدعى عليها ما هــي إلا فرع وجزء من الكيان العام للحكومــة والدولة وكذلك بيت المال (خزينة الدولة) وحدة واحدة، وما يطرأ من زيادات في الأســعار والرســوم لتستفيد منها، الدولة هي المســتفيدة من هذه الزيادات والمدعى عليها جزء من الدولة فتســتفيد هي أيضاً من هذه الزيادة بطريقة مباشرة أو غــير مباشرة، وبالجملة فإنــه إذا كانت الزيادة قد صدرت بأمــر من الحكومة والمدعى عليهــا جــزء منها فإنه يلزمها تعويــض المدعية عن هذه الزيادة قلــت أو كثرت، وقد درج الديــوان في عدد من الأحكام التعويض عن زيادة المنتجات البترولية كالإســفلت والديزل .. وبالتــالي يكون فرق تكلفــة البيتومين هو ما يلزم الوزارة دفعــه للمدعية، أما ما ذكرته المدعــى عليها من أن المدعية لا يجوز لها أن تطالب بالتعويض بدعوى نقص الأرباح أو فوات الكســب إذ يجب أن تكون الخسارة متميزة، فهو غير صحيح لأن هذا الشرط إنما

ينطبق على نظرية الظروف الطارئة إذ يشــترط لتطبيقهــا أن يؤدي الظرف الطارئ إلى قلب اقتصاديات العقد بينما لا يشترط هذا الشرط في نظرية عمل الأمير وهي التي بنت الدائرة حكمها عليها»[489].

وقضى أيضاً بأن «الثابت تعاقد المدعية مع المدعى عليها في ...... وعنده كان ســعر طن الإسفلت بمبلغ مائة ريال ثم بتاريخ .. بلغ سعر طن الإسفلت مبلغ ٢٥٠ ريال أي أنه أثناء تنفيذ العقد حصلت زيادة في أسعار الإسفلت بشكل كبير وغير متوقع وذلك بارتفاع أسعار البترومــين – الإســفلت- وبما أن المدعيــة بناءً على ذلك قد اضطــرت إلى تحمل أعباء تلك الزيــادة، كما أنه لم يكن بإمكان المدعية توقي تلك الزيــادة لانعدام حريتها في رفض تلك الزيادة أو رفض اســتمرار العمل بالعقد ..ولما كان تحمل المدعية لتلك الزيادة دون مقابل فيه إضرار بها دون مســوغ تحميلها إياها دون رضاها، مما يجب معه رفع الضرر اللاحق بهــا وإزالته عنهــا أخذاً بما قررته الشريعــة من إزالة الضرر ورفعه لقولــه صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار) وللقاعدة الشرعية المستنبطة من الحديث(الضرر يزال) ولا يزول الضرر اللاحــق بالمدعية إلا بجبره بتعويضها عما دفعته المدعية زيادة عن الســعر المتفق عليه ... وحيث إنه لا فرق بين زيادة الرســوم الجمركية وزيادة أسعار البترومين - الإسفلت - فكلها صدرت من الحكومة، ولما كانت الدولة والوزارات المتفرعة عنها تابعة لها، ووزارة النقــل - المدعى عليها – ماهي إلا جزء أو فرع من الكيان العام للحكومة والدولة، وكذلك بيــت المال - أو خزينة الدولة - وحدة واحدة وما يطرأ من زيادات في الأســعار والرســوم التي تستفيد منها الدولة كله يذهب إلى خزينة الدولة فهي المستفيدة من هذه الزيادات والمدعى عليها جزء من الدولة فتســتفيد هــي أيضاً من هذه الزيادات بطريقة مباشرة أو غــير مباشرة، وبالجملة فإنه لما كانت الزيادة قد صدرت بأمر من الحكومة والمدعى عليها جــزء منها، فإنــه يلزمها تعويض المدعية عن هذه الزيادة بقدرها قلت أم كثرت، وقد درج الديوان في عدد من أحكامه على التعويض عن زيادة المنتجات البترولية كالإسفلت والديزل

(٤٨٩) راجــع حكم المحكمة الإدارية الحكم رقــم ٢٣٠/د/إ/٣ لعام ١٤٢٩هـ في القضية رقــم ١/٤٥٤/ق لعام ١٤٢٦هـ المؤيــد من محكمة الاســتئناف الإدارية بالحكم رقم ٣٦٧/إس/١ لعام ١٤٣٠هـــ مجموعة الأحكام والمبادئ لعام ١٤٣٠هـ ج ٥، ص٢٥٦٣.

وغيرها كما في الحكم رقم ٩٣/د/إ/٣ لعام ١٤٢٤هـ والمؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم ٧/ت/١ لعام ١٤٢٥ هـ»[٤٩٠].

وقضى أيضاً بأنه «ولما كانت مطالبة المدعية في إعادة التوازن المالي للعقد لا تستند على خطأ ارتكبته المدعى عليها إنما تستند إلى عدم منحها التأشيرات المطلوبة وفقاً للعقد وذلك تأسيساً على نظرية عمل الأمير المتمثلة في تعويض المتعاقد عن كل إجراء تتخذه السلطة العامة، ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد ولم يكن هناك خطأ من قبل الإدارة، وهي من النظريات التي تحفظ حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد رفعاً للضرر وتحقيقاً للصالح العام ومراعاة لمبدأ ضرورة انتظام سير المرفق العام وهو ما استقر عليه قضاء ديوان المظالم في العديد من أحكامه... ولما كان المدعي يطالب بإعادة التوازن المالي للعقد بناءً على نظرية فعل الأمير، فإنه لابد من توافر شروط تطبيق النظرية، وبالنظر لهذه الشروط، ومنها يشترط أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة غير متوقع وأن يكون الفعل الضار صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة، وبتطبيق هذه الشروط على الدعوى يتضح انتفاؤها بحق المدعى عليها، وحيث لم يصدر منها فعل ضار بالمدعي ولم يكن هذا الإجراء غير متوقع ..لذلك كله حكمت الدائرة برفض الدعوى»[٤٩١].

ب - شروط نظرية أعمال السلطة:

مما سبق تتحدد شروط تطبيق نظرية أعمال السلطة[٤٩٢] والتي تتمثل فيما يلي:

---

(٤٩٠) راجع المحكمة الإدارية بالحكم رقم ١٨٤/د/إ/٤ لعام ١٤٣١، في القضية رقم ١/٣٤٧/ق لعام ١٤٢٦ هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٣٧١ لعام ١٤٣٣هـ في قضية الاستئناف رقم ٥٣٠/ق لعام ١٤٣٢ هـ (حكم غير منشور). وراجع أيضاً الحكم رقم ١٢٩/د/إ/٤ لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم ١/٢٤٥/ق لعام ١٤٢٢ هـ والقضية رقم ١/٤٤٧/ق لعام ١٤٢٢ هـ المؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ٤/٨٦٠ لعام ١٤٣٣ هـ في قضية الاستئناف رقم ٥٣٧١/ق لعام ١٤٢٩ هـ (حكم غير منشور). وراجع أيضاً الحكم رقم ٤٧/د/إ/١ لعام ١٤٢٩هـ في القضية رقم ١/٤٥١/ق لعام ١٤٢٦ هـ المؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم ٢٦٣/ت/١ لعام ١٤٢٩هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٢٩هـ ج٥، ص ٢١٥٦.

(٤٩١) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ٢٠٥/د/إ/٤ /٢لعام ١٤٣٤هـ، في القضية رقم ٢/٢/٩٠٣/ق لعام ١٤٣٢هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٣/٥٨٢ لعام ١٤٣٤هـ في قضية الاستئناف رقم ٢/١٦٦٨/س لعام ١٤٣٣هـ (حكم غير منشور).

(٤٩٢) راجع في عرض هذه الشروط، د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ٦٢٢ .

- أن يكون هناك عقد إداري بالمعنى الاصطلاحي له حيث يشــترط لتطبيق النظرية أن يكون هنــاك عقــد إداري فلا تنطبق النظرية عــلى عقود القانون الخاص ولــو كانت الإدارة طرفاً فيها(٤٩٣).

غير أن ذلك الشرط لا يتفق مع اختصاص القضاء الإداري الســعودي وفي ذات الوقت لا يتفق مع ما أشرت إليه من أن العقود التي تبرمها الجهة الإدارية كلها عقود إدارية ومن جهة أخــرى فليس هناك ما يمنع نظاماً ولا فقهــاً ولا عدلاً ولا توازناً من تطبيق النظرية والقواعد التي تستند عليها، وما يستمد من قواعد الشريعة الإسلامية من إزالة الضرر، على كافة أنواع العقود التي تبرمها الجهة الإدارية.

- يتعين أن يكون الإجراء صادراً من ســلطة عامة. ويشــترط البعض كما سبق القول أن يكون ذلك من الســلطة المتعاقدة، فإن كان من غيرها فلا تطبــق نظرية عمل الأمير وإنما يمكن تطبيــق نظرية الظروف الطارئة حــال توفر شروطها، غير أن ذلك غــير مقنع، لأن الدولة كلها وإن تعددت أشــخاصها فإنها لا يعمل كل منها بمعزل عن الآخر فجميعها تســير وفق سياســة عامة واحدة، وأن الآثار المترتبة على اتخاذ تصرف معين قد لا يؤثر فقط على ذلك الشــخص العام وحده وإنما قد يمتد إلى بقية الأشــخاص العامة الأخرى، وعلى ذلك فحيثما كان الإجراء صادراً من سلطة عامة سواءً كانت الجهة المتعاقدة أم غيرها ورتب ما تقتضيه النظرية يتعين تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً وهو ما أشــار إليه الديوان في بعض أحكامه من القول إنه «ولما كانت الدولة والوزارات المتفرعة عنها تابعة لها، ووزارة النقل - المدعى عليهــا – ماهي إلا جزء أو فرع من الكيان العام للحكومة والدولة، وكذلك بيت المال - أو خزينة الدولة - وحدة واحدة وما يطرأ من زيادات في الأسعار والرسوم التي تستفيد منها الدولــة كله يذهب إلى خزينة الدولة فهي المســتفيدة من هــذه الزيادات والمدعى عليها جزء من الدولة فتســتفيد هي أيضــاً من هذه الزيادات بطريقة مبــاشرة أو غير مباشرة، وبالجملــة فإنه لمــا كانت الزيادة قد صدرت بأمر من الحكومــة والمدعى عليها جزء منها فإنــه يلزمها تعويض المدعية عن هذه الزيادة بقدرها قلت أم كثرت، وقد درج الديوان في

(٤٩٣) راجع د. ســليمان الطماوي، الأســس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص٦٢٢. وراجع د. ماجد الحلو، العقود الإدارية، مرجع ســابق، ص١٨٥، وراجع د. محمد بكر حســين، مرجع ســابق، ص١٠٥، وراجع د. محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود، مرجع سابق، ص٢٧٨.

عــدد من أحكامه على التعويض عن زيادة المنتجات البترولية كالإســفلت والديزل وغيرها كما في الحكم رقم ٩٣/د/إ/٣ لعام ١٤٢٤هـ والمؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم ٧/ت/١ لعام ١٤٢٥هـ»[٤٩٤].

- يجب أن يترتب على النظرية ضرر للمتعاقد ولا يلزم أن يكون هذا الضرر جسيماً فأي ضرر ينتــج عن الإجراء الصادر يجعل تطبيق النظرية متوافــراً حال توافر بقية الشروط الأخرى وهو ما أشار إليه الديوان بحكمه السابق».

- أن يكون التصرف مشروعاً لأنه لو كان التصرف خاطئاً لكانت المســؤولية العقدية في هذه الحالة تقوم على أساس الخطأ وليس على أساس عمل الأمير.

- يجب أن يكون الإجراء الصادر غير متوقع عند التعاقد وإلا لكان على المتعاقدين الاحتياط له في العقد.

- أن يكــون الضرر خاصاً والمتعاقــد هو في مركز خاص دائماً، فالــضرر الذي يصيب المتعاقد من جراء الإجراءات العامة هو ضرر خاص باســتمرار نظــراً للرابطة التعاقدية التي تربطه بالسلطات العامة والتي تميزه عن سائر المضرورين.

ج- الأساس القانوني لنظرية أعمال السلطة:

يرجع الفقه أســاس التعويض في نظرية عمل الأمير إلى فكرتين رئيســتين الأولى هي فكرة التوازن المالي للعقد، وعلى هذا الأســاس يتعين على الإدارة أن تعيد التوازن المالي للعقد كلما اختــل هذا التــوازن نتيجة فعل الإدارة، والفكــرة الثانية هي المســؤولية التعاقدية للإدارة، وهاتان الفكرتان تعودان إلى مصدر واحد وهو المسؤولية العقدية[٤٩٥].

---

(٤٩٤) راجــع حكم المحكمة الإدارية رقم ١٨٤/د/إ/٤ لعــام ١٤٣١هـ، في القضية رقم ١/٣٤٧/ق لعام ١٤٢٦هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٣٧١ لعام ١٤٣٣هـ في قضية الاستئناف رقم ٥٣٠/ق لعام ١٤٣٢هـ، (حكم غير منشور). وراجع أيضاً الحكم رقم ١٢٩/ د/إ/٤ لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم ١/٢٤٥/ق لعام ١٤٢٢هـ والقضية رقم ١/٤٤٧/ق لعام ١٤٢٢هـ المؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ٤/٨٦٠ لعام ١٤٣٣هـ في قضية الاستئناف رقم ٥٣٧١/ق لعام ١٤٢٩هـ (حكم غير منشور).

(٤٩٥) راجع د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص٦٢٧ وما بعدها.

وهــذا وقد قيلت أفكار أخرى في أســاس التعويض كنظرية الإثراء بلا ســبب، أو نظرية المساواة أمام الأعباء العامة، أو نظرية المسؤولية التعاقدية للإدارة(٤٩٦).

ويرجــح البعض نظرية التــوازن المالي للعقد حيث يقول: والــرأي الراجح هو أن نظرية التوازن المالي للعقد هي أساس التعويض في نظرية عمل الأمير(٤٩٧).

وأميل إلى هذا الأخــير(٤٩٨) لأن هذا المعيار ينبع من العملية التعاقدية ذاتها والتي يجب أن تكون متوازنة بين العطاءات والأداءات أي بين الحقوق والالتزامات.

د- الآثار المترتبة على نظرية أعمال السلطة:

يترتب على توافر شروط هذه النظرية استحقاق المتعاقد تعويضاً كاملاً عن الأضرار التي لحقت به من جراء أعمال الســلطة وهذه الأضرار تتمثل فيما لحقه من خســارة وهو ما وضحته أحكام ديوان المظالم المشار إليها، وما حدده بدقة النظام في المادة (٤٣) المشار إليها أيضاً، وكذلك ما فاته من كســب والذي يتضمــن المبالغ المعقولة التي كان يضعها المتعاقد في اعتبــاره لــو كانت هذه الأعمال معلومة أثناء التعاقــد، وهو أمر مشروع، فالعمل ليس غاية في حد ذاته وإنما ما ينتج عنه من ربح، وعلى التعويض بشــقيه استقر قضاء المحكمة الإداريــة العليا غير أنه يجب أن يضع القاضي في حســبانه عند تقدير ما فات المتعاقد من كســب كما يقول البعض مــن الفقه، وبحق أن المتعاقد لم يؤد عمــلاً كان من المفترض أن يقــوم به لتحقيق الربــح المفقود وتبعاً لذلك تقتضي العدالة أن يخصم من الكســب تلك الاســتعمالات المختلفة للآلات والمعدات التي كانت ستســتخدم لتحقيق هذا الربح حتى لا يثري المتعاقد على حســاب الصالح العام ويكون التعويض مقابلاً للضرر الحقيقي الذي أصاب المتعاقد(٤٩٩).

(٤٩٦) راجع د. محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود، مرجع سابق، ص٢٨٤.

(٤٩٧) راجع د. محمد عبد العال السناري، المرجع سابق، ص٢٨٤.

(٤٩٨) وإن كانت كل الافكار صالحة لتطبيق النظرية ولا يترتب على الاستناد إلى أي منها اختلاف عن الأخرى في الأثر.

(٤٩٩) راجع بتصرف د. محمد عبد العال السناري، المرجع سابق، ص٢٩١.

ثالثاً - نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

أ- تعريف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

تقــوم الإدارة ويقوم معها المتعاقد بالتحقق من ســلامة الموقع ودراســته، إلا أنه بالرغم مــن ذلك قد يجد المتعاقد صعوبات مادية لم يكن يتوقعها عند التعاقد ولم يكن بإمكانه أن يتوقعهــا، يترتب عليها أن يكون تنفيذ العقد مرهقاً، الأمر الذي يولد حقاً للمتعاقد بتعويض كامــل عن تلك الصعوبات، فنظرية الصعوبات المادية إذن تتحقق حال إيجاد المتعاقد أثناء التنفيذ أوضاعاً مادية غير عادية يترتب عليها زيادة أعباء المتعاقد مما يستدعي تعويضه عن تلك الأعباء الزائدة(٥٠٠).

وقــد تناول القضاء هذه النظرية فقضى ديوان المظــالم بأنه «من حيث إن هذه القضية تثير ما يعرف في فقه وقضاء العقود الإدارية بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، ومجمل هــذه النظرية أنه «إذا ما صادف المتعاقد في تنفيــذ التزاماته صعوبات مادية، ذات طبيعة استثنائية خالصة، ولا يمكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام التعاقد، تؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقاً فإن من حقه أن يطالب بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار». وقد اســتقر الرأي تماماً لدى تطبيق هذه النظرية على تفســير ما تتضمنه العقود من شروط صريحة تحمــل المتعاقد مخاطر التنفيذ أياً كانت طبيعة الأرض أو الصعوبات التي يصادفها عنــد التنفيذ، على أن هذه الــشروط تعني الصعوبات العادية، أما بالنســبة إلى الصعوبات غير العادية والاســتثنائية فإن المتعاقد مع الإدارة لا يتحمل مغبتها رغم تلك الشروط، وذلك اســتناداً إلى مبدأ حســن النية في تنفيذ العقود، وما يقتضيه ذلك من مســاءلة المقاول عما يصادفه في التنفيذ من عقبات في الحدود المعقولة التي لا تفوت على الشخص البصير بالأمور والتي يمكن أن يتناولها التقدير العادي على هدي الاختبارات والفحوص الممكن إجراؤها عند وضع مثل هذا التقدير، أما ما جاوز هذه الحدود، مما يكون ثمة تسليم بأنه لم يكن ليخطر ببــال أي من المتعاقدين، أو مما لم يكن في مقدور أحد أن يتوقعه عند التعاقد، فإن تفســير العقد على أســاس النية المشتركة للمتعاقدين - مع الاستهداء بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات – يقتضي القول بأنه

(٥٠٠) راجع د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص ١٧٩ .

مـــما لم يتجه إليه قصد المتعاقدين ولم يكن محلاً لتوقيعهـــما، وطبيعي أن القاضي هو الذي يقدر في كل حالة على حدة ما إذا كانت الصعوبات غير المتوقعة، التي صادفها المتعاقد، مما يمكن اعتباره من قبيل المخاطر العادية أو الاستثنائية.

ومن حيث إنه متى كان الأمر على ما تقدم فإن الصعوبات التي صادفتها المدعية في بدء تنفيذها للعقد، على التصوير الذي ســلف بيانه، تخــرج من عداد الصعوبات المتوقعة التي يمكن أن يصل إليها تقدير المقاول البصير الحريص على حســن التقدير، وقد بلغ من الطابع الاســتثنائي لهذه الصعوبات أن كلفت شركة متخصصة بفحص التربة وتصميم الأساسات التي تتناســب مع نتائج الاختبار، مما لا يســوغ معه تحميل المدعية عاقبة هذه الصعوبات غير المتوقعة»[٥٠١].

وقضى الديوان أيضاً بأنه «ليس من العدل والإنصاف وحســن النية في المعاملات أن يترك المتعاقد فريســة لظروف ســيئة لا دخل له فيها وبدون أي تعويض استناداً إلى نصوص العقد الحرفية، ولمجرد الحرص عــلى تحقيق الوفرة المالية، والرغبة الملحة في الحصول على المهمات والأدوات أو إنجاز الأعمال المطلوبة بأرخص الأسعار، لأن معنى ذلك استباحة الإضرار به، ومن الناحيــة الثانيــة إن عدم تعويض المتعاقد – في هذه الحالة – لا يتفق مع المصلحة العامة، إذ ينتهي الأمر إلى إحدى نتيجتين: إما إلى خروج المقاولين أو متعهدي التوريد الأمناء الأكفاء من سوق التعامل مع الدولة، أو انصرافهم عن الاشتراك في المناقصات مستقبلاً، فيتلقف الزمام غير الأكفاء وغير الأمناء وتقع المنازعات والإشكالات التي تنتهي إلى تعطيل المرافق العامة، وإما أن يعمد هؤلاء إلى تأمين انفســهم، بأن يحتسبوا من ضمن أسعار عطاءاتهم مبلغاً للاحتياط ضد تلك المضار والأخطار المحتملة، وتكون النتيجة زيادة في الأســعار (أي ارتفاع أسعار العطاءات المقدمــة) مما يفوت على الإدارة غرضها في الحصول على أصلح الأيدي العاملة وبأفضل وأقل الأسعار وأنسبها، وهذه كلها نتائج يجب تفادي الأسباب المؤدية إليها، لأنها لا تتفق والمصلحة العامة، ولما كان الثابت من أوراق الدعوى بأن الحفريات الصخرية بالمشروع حددت كمياتها في جداول الكميات بمقدار (١٤٨٥) م٣ وإبرام العقد كان على هذا الأساس وأثناء التنفيذ زادت كميات الحفريات الصخرية في مناطق متعددة بالشــبكة والخزانات عما هو موجود بجداول

(٥٠١) راجع قرار ديوان المظالم لجنة تدقيق القضايا رقم ٧/ت لعام ١٣٩٨، بجلســة ٦-٢/٧/ لعام ١٣٩٨هـ في القضية رقم ٢٠٥/ق لعام ١٣٩٦، مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية التي قررتها لجنة تدقيق القضايا لعام ١٣٩٧:١٣٩٩، ص ١٠٤.

الكميات، وبعد الوصول إلى الأرض الصعبة واستحالة استعمال البلدوزر فقد استعانت المدعية بالدقاق لاستكمال أعمال الحفر وأخطرت الاستشاري بذلك، وحيث قامت المدعى عليها بتكوين لجنة فنية للوقوف على طبيعة الأرض بحضور مندوبي البلدية والاستشاري المشرف على المشروع، وقد تم عمل تجربة بموقع الخزان الأرضي والعالي ولم يتمكن الحفار بمحاولات عديدة أن يزيل أي جزء من تلك المنطقة مما يدل على قوة هذه الصخور، ولا يمكن إزالتها بالوسائل العادية، وتعد كميات زائدة عما ورد في جدول الكميات حيث تمثل (١٠) أضعاف ذلك بتكاليف قدرتها الجهة وفق محضر العرض المقدم من وكيل الوزارة برقم (٢٨١) وتاريخ ١٤٢١/٥/٢٨هـ وهو ما تطمئن له الدائرة ويكون جابراً للضرر الذي لحق بالمدعية، مما يجعل الدائرة تحكم بإلزام المدعى عليها بدفع هذا المبلغ، ولا ينال من ذلك ما ذكره ممثل المدعى عليها بأنه يجب على المقاول أن يقوم على حسابه الخاص بفحص الموقع ومعاينة الأماكن المحيطة وأن يتأكد بنفسه قبل تقديم العطاء وعمل المجسات والثقوب...الخ، فإن وجود الصعوبات في الحفر ونحوها لا يمكن تحديدها ومعرفة كميتها إلا بعد التنفيذ.

لذلك حكمت الدائرة بإلزام وزارة (...) بأن تدفع لشركة (...) مبلغ وقدره(...)»[٥٠٢].

وقضت المحكمة الإدارية العليا بأن «قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن مناط إعمال هذه النظرية التي تخول المتعاقد حقاً في طلب التعويض من الإدارة المتعاقد معها هو أن يصادف المتعاقد صعوبات مادية وغير عادية واستثنائية لم يكن من الممكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد وتؤدي إلى جعل تنفيذه مرهقاً للمتعاقد»[٥٠٣].

ب- شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

مما سبق تتبدى شروط تطبيق النظرية والتي تتمثل فيما يلي[٥٠٤]:

---

(٥٠٢) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ٥٣/ د/إ/١/١ لعام ١٤٣٤هـ في القضية رقم ١/٦٤٨٥/ق لعام ١٤٣١هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٩٦٥ لعام ١٤٣٤هـ في القضية رقم ٤٢٨٠/ق لعام ١٤٣٤(حكم غير منشور).

(٥٠٣) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٨٠٠ لسنة ٣٤ ق بجلسة ١٩ /١٩٩٢/٥، المجموعة، ٢/٣٧، ص١٤٩٥.

(٥٠٤) راجع في عرض تلك الشروط، د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص١٨١، ١٨٢، ود. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص٣٤٧ وما بعدها، ود. عبد العزيز خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٢٣٨ وما بعدها.

١- أن تكــون الصعوبات مادية تتعلق بمحل التنفيــذ كأن يواجه المتعاقد طبقة صخرية أو مياهاً جوفية أو غير ذلك ولا يمكن التعامل معها طبقاً للأوضاع العادية والشروط المتفق عليها، بما يعني أن تكون تلك الصعوبات استثنائية، وليست مجرد صعوبات عادية يمكن الســيطرة عليها، وحــد الصعوبة هو ما جاوز الحدود المعقولة التــي يصل اليها التقدير العادي للأمور مبنياً على الاختبارات والبحوث التي يمكن إجراؤها .. ولا شك بهذا الاعتبار أن تحديد مستوى هذه الصعوبة هو مسألة فنية تحتاج إلى خبرة في هذا المجال.

٢- أن تكــون الصعوبات المادية غير معلومــة وبالتالي ينتظمها مع النظريات الأخرى عنصر المفاجأة كما لم يكن في الوســع توقعها وينطبق عليها في معيار التوقع ما ينطبق على ما تم إيضاحه في نظرية الظروف الطارئة بالنسبة للمتعاقد، وفي ضوء ما يقع عليه من التزام حيث نص النظام في مادته (٤٨)على أن «يعتبر المتعاقد في عقود الأشغال العامة مسؤولاً عن مراجعة التصاميم الهندســية والفنية بكامل تفاصيلها، وعليه إخطار الجهة بالأخطاء الفنية المؤثرة على ســلامة المنشــآت، أو ما يجد من أخطاء في المواصفات أو المخططات فور اكتشــافها، كما يجب عليه مراجعة تقارير وتوصيــات فحص التربة، ولا يعفي ذلك الاستشاري المصمم أو المشرف من مسؤولياتهما العقدية».

ويستكمل عدم التوقع ألا يستطيع دفعها أو تجنبها أو توقي آثارها أو بعضها وفقاً لما يملكه من وسائل.

٣- أن تكــون تلــك الصعوبات بطبيعة الحال مــن عمل غير المتعاقدين، فــإن كان مرجعها إلى جهــة الإدارة فتكون المســؤولية في هذه الحالة مبنية على أســس أخــرى غير نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

٤- أن يترتــب على تلك الصعوبات زيادة في الأعباء المالية للمتعاقد بشــكل اســتثنائي يفوق التوقع أو حدود التوقع.

ج- الأساس القانوني للنظرية:

يذهــب البعــض إلى أن أســاس النظرية الذي تقــوم عليه هو النية المشــتركة للطرفين المتعاقدين، على أســاس أن الســعر المتفــق عليه إنما قصد به مواجهــة التنفيذ في الظروف

العاديــة، أما الصعوبات غير المتوقعة فلم تخطر ببــال الطرفين حين التعاقد، فيفترض أنهما قصــدا أن يقــدر مقابلها بطريقة خاصــة، ويتبنى مجلس الدولة الفرنسي هذا الأســاس في بعض أحكامه ولكن هذا الأســاس قد يصطدم بما يحكم به المجلس نفســه بالتعويض وفقاً لهذه النظرية، ولو كان العقد يحتوي على نص صريح بعدم تطبيقها، ويذهب رأي آخر إلى رد هــذه النظرية إلى عمل الأمير أو إلى فكرة المســؤولية التقصيريــة [٥٠٥] لكن هذا لا يتفق مــع طبيعــة النظرية التي تفترض أنه لا علاقة للإدارة بهــذه الصعوبات، كما لا يمكن القول بالمســؤولية التقصيرية للإدارة، لأنه في هذه الحالة يمكن أن تنتفي مسؤوليتها إذا ثبت عدم تقصيرها.

ويذهــب رأي آخــر إلى أن هذه النظرية وليدة اعتبارات عديــدة تعود لقواعد العدالة والطبيعــة الذاتية للعقود الإدارية نظراً للعلاقة الوثيقة بين العلاقة الإدارية والمرافق العامة التي تجعل من المتعاقد معاوناً ومساعداً للإدارة في تسيير المرفق العام[٥٠٦].

وقد ذهب الديوان إلى أن «أســاس النظرية هو النية المشــتركة للمتعاقدين حيث قضى بأنه «فإن تفسير العقد على أساس النية المشتركة للمتعاقدين مع الاستهداء بطبيعة التعامل وبمــا ينبغي أن يتوافر من أمانــة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعــرف الجاري في المعاملات، يقتــضي القول بأنه مــما لم يتجه إليه قصد المتعاقدين ولم يكن محلاً لتوقيعهما وطبيعي أن القــاضي هــو الذي يقدر في كل حالة على حدة ما إذا كانــت الصعوبات غير المتوقعة، التي صادفها المتعاقد، مما يمكن اعتباره من قبيل المخاطر العادية أو الاستثنائية»[٥٠٧].

وقــد ذهب أيضاً إلى أنــه «ليس من العدل والإنصاف وحســن النيــة في المعاملات أن يــترك المتعاقد فريســة لظروف ســيئة لا دخل لــه فيها وبــدون أي تعويض اســتناداً إلى نصــوص العقــد الحرفية، ولمجرد الحــرص على تحقيق الوفــرة المالية، والرغبــة الملحة في الحصول على المهمات والأدوات أو إنجاز الأعمال المطلوبة بأرخص الأسعار»[٥٠٨].

(٥٠٥) راجع في عرض هذا د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص٦٨٨، ٦٨٩.

(٥٠٦) راجع في عرض هذا د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية مرجع سابق، ص٦٨٩.

(٥٠٧) راجــع قــرار ديوان المظالم لجنة تدقيق القضايا رقم ٧/ت لعام ١٣٩٨، بجلســة ٦-٢/٧/ لعام ١٣٩٨هـ في القضية رقم ٢٠٥/ق لعام ١٣٩٦، مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية التي قررتها لجنة تدقيق القضايا لعام ١٣٩٧: ١٣٩٩، ص١٠٤.

(٥٠٨) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ٥٣/ د/إ/١/١ لعام ١٤٣٤هـ في القضية رقم ١/٦٤٨٥/ق لعام ١٤٣١هـ المؤيد من محكمة

وأعتقد أن نظرية الصعوبات المادية تعود إلى فكرة التوازن المالي للعقود بذات البيان المشار إليه في نظرية عمل الأمير.

د- الأثر المترتب على النظرية:

يترتب على توافر تلك النظرية تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً عن النفقات التي تحملها جراء التعامل مع تلك الصعوبات المادية، في حين يلتزم المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد.

هذا وتطبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة حتى لو تم النص على عدم تطبيقها كشرط من شروط العقد، غير أن المحكمة الإدارية العليا قضت في أحد أحكامها بأنه «إذا كان مفاد النصوص الواردة في الشروط العامة أن المقاول مسؤول مسؤولية كاملة عن جميع الصعوبات المادية التي تصادفه سواءً كانت متوقعة أم غير متوقعة، وليس من شأن الصعوبات المادية غير المتوقعة مهما ترتب عليها من إرهاق للمقاول أن تخوله حق مطالبة الجهة الإدارية المتعاقدة معه بزيادة فئات الأسعار مشاركة منها في الخسارة التي تكون قد لحقته، إذ إن الصعوبات سالفة الذكر أياً كان شأنها لا ترقى إلى مستوى الحوادث الطارئة الموجبة لإلزام الإدارة بتحمل نصيب في الخسارة الناتجة التي تختل بها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً»(٥٠٩).

ففي هذا الحكم استبعدت المحكمة تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تطبيقاً لشروط العقد كما أنها لم تصل هذه الظروف إلى حد تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

وأيضاً في ذات الشأن أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بأن «المادة (٧) من دفتر الشروط والمواصفات العامة الذي تم التعاقد بين الإدارة العامة للمياه بوزارة الإسكان والمرافق وبين الشركة الفنية للأعمال على أساسه تنص على أنه "يجب على مقدم العطاء أن يلاحظ أن فئته الواردة بالعطاء هي التي ستكون عليها المحاسبة النهائية بقطع النظر عن تقلبات العملة وارتفاع الأسعار لأي ظرف من الظروف أو تغيير في التعريفة

الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٩٥٦ لعام ١٤٣٤ هـ في القضية رقم ٤٢٨٠/ق لعام ١٤٣٤هـ (حكم غير منشور).

(٥٠٩) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣١١ لسنة ١١ ق، بجلسة ١٩٦٩/٦/١٤، الموسوعة، ج١٨، ص٩١٨.

الجمركية ورسـوم الإنتاج وغيرها من الرسوم الأخري»، وتنص المادة ٣٦ من الشروط المشار إليهـا على أنه «لا يمكن بـأي حال من الأحوال إجابة طلبـات المقاولين فيما يختص بزيادة الفئات الواردة بالمقايسات المرفقة بهذا العقد أو بصرف شيء زيادة، ما لم يكن منصوصاً عن ذلـك بالعقد صراحة، ومقتضى هذين النصين هو تثبيت الأسـعار الواردة في العطاء المقدم مـن الشركة المذكورة بحيث لا يجوز لهذه الشركة أن تطالب الجهة الإدارية المتعاقدة معها الإدارة العامة للمياه بوزارة الإسـكان والمرافق بأي زيادة تطرأ على هذه الأسـعار سواءً كان منشـأ هذه الزيادة تقلبات العملة أو ارتفاع الأسعار – لأي ظرف من الظروف- أو تغيير في الرسوم الجمركية وغيرها من الرسوم الأخرى ..»[٥١٠].

وأعتقد كما أشرت سـابقاً إلى أن تلك الشروط هي شروط باطلة لا يعتد بها فالتعويض على أسـاس نظريـات التوازن المالي قد أصبح كما أشرت سـابقاً من النظـام العام للقانون الإداري.

(٥١٠) راجـع فتـوى الجمعية العمومية لقسـمي الفتوى والتشريع، ملـف رقم ٢٩/١/٧٨ بجلسـة ١٩٦٤/١٠/٢٨، راجع الموسوعة، ج١٨، ص٨٨٢.

المبحث الثالث

التعويض عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية وطلب فسخ العقد

أولاً: التعويض عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية:

يستطيع المتعاقد أن يطلب التعويض حال الإخلال من قبل الإدارة بالتزاماتها التعاقدية مهما تعددت صورها غير أن ذلك مرتبط بتوافر أركان المسؤولية وهو ما قضى به ديوان المظالم بقوله: «المسلم به أنه يتعين لقيام مسؤولية الجهة الإدارية توافر أركان المسؤولية وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر»[٥١١].

وعلى ذلك حال عدم توفر أي من تلك العناصر فإن القضاء يرفض طلب التعويض وبهذا قضى الديوان حيث حكم بأن «عدم أحقية المقاول فيما يطالب به من تعويض مقابل تغيير موقع المشروع، رغم ثبوت التغيير بالمخالفة لشروط العقد، لأنه لم تترتب عليه أضرار يمكن التعويض عنها، فضلاً عن أن الموقع الجديد أكثر ملاءمة من الموقع السابق وفرق المناسيب به أقل، ومن ثم فلا سند لما يطالب به المقاول من تعويض»[٥١٢]. وفي المقابل حال توافرها يقضي الديوان بالتعويض وفي هذا حكم بأن «ثبوت خطأ جهة الإدارة بتأخيرها في تسليم الموقع بأكثر من المدة المعقولة من تاريخ الترسية أو إيقاف العمل بعد تسليم الموقع لأسباب ترجع إلى جهة الإدارة يعد خطأً يلزمها بالتعويض عن الأضرار»[٥١٣].

هذا وإذا كان المتعاقد يلتزم بإثبات الضرر وحجمه وذلك لتقدير التعويض، فإنه في بعض الحالات يعد الضرر مفترضاً، ويتم التقدير في حدود ذلك الافتراض ما لم تثبت الجهة الإدارية عدم وجود الضرر، وفي ذلك قضي ديوان المظالم بأن «التأخير في تسليم الموقع وصرف المستحقات وتخفيض العقد بأكثر من النسبة المحددة نظاماً تعد أخطاءً توجب إلزام جهة

---

(٥١١) حكم هيئة التدقيق رقم ٥٤٢/ت/١ لعام ١٤٢٧ هـ بجلسة ١٤٢٧/٨/٢٥هـ في القضية رقم ٣٦١٠/ق/١، مجموعة الأحكام لعام ١٤٢٧هـ ج، ص٢٦٥٧.

(٥١٢) راجع حكم هيئة التدقيق رقم ١٧/ت/١ لعام ١٤١٠هـ مجموعة القضاء الإداري، مرجع سابق، ص١١٣.

(٥١٣) راجع حكم هيئة التدقيق رقم ١٤١/ت/١ لعام ١٤١٢هـ مجموعة القضاء الإداري، مرجع سابق، ص١٦١.

الإدارة بالتعويـض عما يصيـب المقاول من أضرار - إذا لم يقدم المدعي الأدلة المثبتة لمقدار الـضرر فقد جـرى قضاء الديوان على منحه تعويضاً لا يزيد على ١٠٪ من قيمة العقد هذه الأخطاء تعد قرينة بسيطة على وقوع الضرر تنقل عبء الإثبات إلى جهة الإدارة التي عليها أن تثبت بأدلة كافية عدم وقوع ضرر وإلا التزمت بالتعويض»[٥١٤].

وفي حكم آخر قضت بأن «التعويض التقديري كنسـبة مئوية من قيمة العقد مقابل ما أصاب المقاول من أضرار بسـبب التأخير في تسـليم الموقع لا يعني أنها نسـبة جزافية دون أسباب، إنه وإن كان التعويض المستحق يخضع لتقدير القاضي المختص، إلا أن ذلك التقدير يجب أن يقوم على أسباب وضوابط تلتزم الدائرة ببيان الأسباب التي استندت إليها في هذا التقدير، والأضرار التي ثبتت لديها، ونسـبة خطأ كل من المدعية والمدعى عليها، والعوامل التـي وضعتها في اعتبارها عند تقديـر التعويض، إلى غير ذلك من الوقائع والأسـباب التي يتوقف عليها تقدير التعويض المستحق»[٥١٥].

وقـضى أيضاً بأن «التعويض بنسـبة مفترضة من قيمة العقـد لا يكون إلا في حالة عدم إمكان تحديد حجم الضرر فعلاً من واقع الأوراق والمسـتندات. إذا أمكن للدائرة المختصة تحديد حجم الضرر من واقع المستندات تعين عليها التعويض بقدره، ولا يجوز لها التعويض بنسبة من العقد»[٥١٦].

وقضى الديوان أيضاً بأن «فسخ العقد قضائياً أو إدارياً بسبب إيقاف جهة الإدارة للمقاول عن الأعمال مدة طويلة، أو بسبب عدم الاتفاق على أسعار الأعمال الإضافية التي ليس لها مثيـل في بنود العقد، أو لغير ذلك من الأسـباب التي تعود إلى جهة الإدارة يوجب تعويض المقاول عما يصيبه من أضرار. يتعين أن يكون التعويض موافقاً لما هو ثابت بالمستندات فعلاً إضافة إلى نسـبة افتراضية وفقاً لما استقرت عليه أحكام الديوان عن الأضرار التي لم يستطع المقاول تحديد قيمتها بالمستندات..»[٥١٧].

---

(٥١٤) راجع حكم هيئة التدقيق رقم ٦٧٤/ت/١ لعام ١٤١١هـ مجموعة القضاء الإداري، مرجع سابق، ص١٦٨.

(٥١٥) راجع حكم هيئة التدقيق رقم ٨٥/ت/١ لعام ١٤١٢هـ مجموعة القضاء الإداري، مرجع سابق، ص١٦٨، ١٦٩.

(٥١٦) راجع حكم هيئة التدقيق رقم ١١٨/ت/١ لعام ١٤١٢هـ مجموعة القضاء الإداري، مرجع سابق، ص١٦٩.

(٥١٧) راجع حكم هيئة التدقيق رقم ١٦٧/ت/١ لعام ١٤١٢هـ مجموعة القضاء الإداري، مرجع سابق، ص١٦٦، ١٦٧.

والتعويض في المســؤولية العقدية كالمسؤولية التقصيرية يشترط لها أن يكون هناك خطأ كمقدمة ضرورية للتعويض يأتي بعد توافره أن يكون هناك ضرر، وذلك لأن حجم التعويض مرتبط بقدر الضرر، وتأتي أخيراً علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

هذا والضرر قد يكون مادياً وهو الغالب في العقود وقد يكون معنوياً، وإذا كان القضاء المــصري مســتقر لديه التعويــض عن الضرر المعنوي، فــإن الديوان لم يزل غير مســتقر في التعويض عن الضرر المعنوي.

والتعويض كما هو معلوم يقوم على حجم الضرر والذي يتضمن التعويض عن الخسارة التــي أصابت المتعاقد، وما فاته من كســب، وإذا كان القضاء المصري قد اســتقر أيضاً على هذه القاعدة فإن القضاء السعودي متردد نحو الجزء الثاني من القاعدة والكثرة الكثيرة من أحكامه لا تقضي به حيث قضى الديوان بأنه قد «قضت الدائرة بتعويض المدعي عن الربح الفائت اســتناداً إلى ما نص عليه فقهاء الإسلام وما استقرت عليه أحكام الديوان، مستشهداً بذلك بحكم صادر قبل صدور نظام ديوان المظالم وقواعد المرافعات أمامه، ولما كان المستقر حاليــاً في قضاء الديوان هو عدم التعويــض عن الربح الفائت الأمر الذي يتعين على الدائرة مراعاة ذلك في حال قضائها بالتعويض والذي يتوجب أن يكون بمقدار الأضرار الفعلية التي أصابت المدعي في حالة ثبوت الخطأ»[٥١٨].

وفي حكم آخر قضى الديوان بأن «ماهية الأضرار التي ذكرها المدعي وكالة وهي تفويت المدعى عليها على موكلته الاســتفادة من الموقــع ببنائه وتأجيره هي أضرار متوقعة وظنية، وقد اســتقر قضــاء الديوان على أن التعويض يكون عن الــضرر الثابت لا الظني أو المتوقع فاســتقرت أحكامه على عدم التعويض عن الربح الفائت أو الكسب المتوقع، مما تقرر معه الدائرة رفض هذه المطالبة»[٥١٩].

(٥١٨) راجــع حكــم هيئة التدقيق رقــم ١٤٦/ت/١ لعام ١٤١٧هـ بنقــض حكم الدائرة الفرعية رقــم ٢٣/د/ف/٣ لعام ١٤١٦هـ في الدعوى رقم ١/١٦٧٧/ق لعام ١٤١٥هــ (حكم غير منشور).

(٥١٩) راجــع حكم المحكمة الإدارية رقم ٩١/د/إ/٥ لعــام ١٤٣١هـ في القضية رقم ١/٧٠٢٩/ق لعام ١٤٢٩هـ المؤيد من محكمة الاســتئناف الإداريــة بالحكم رقم ٤/١٧٢ لعام ١٤٣٣هـ في قضية الاســتئنافية رقم ٦٠٣٧/ق لعام ١٤٣١هـ (حكم غير منشور).

وفي حكـم آخر قـضى الديوان بأنه «وأما فيـما يتعلق بمطالبة المدعيـة بالتعويض عن الأضرار التي أصابتها من جراء سـحب المشروع والتي تعتبرها المدعية تشـويهاً لسـمعتها، وتعويضها عما فاتها من ربح وعن الخسائر الحقيقة في المشروع وحيث إنه لم يثبت حصول ضرر على المدعية، بل الضرر الذي ادعت به محتمل وحساب الربح الفائت قائم على مجرد التخمـين والتوقـع فهو غير منضبـط ولا يمكن تحديد مقداره بصفة دقيقـة، فضلاً عن أنه يوقـع في الجهالة والغرر المنهي عنهما شرعاً وحيث اسـتقر قضاء ديوان المظالم فيما يتعلق بالضرر المحتمل على عدم التعويض عن الربح الفائت أو المنفعة المرجوة لما يشـوب الإلزام بـه من المحاذيـر الشرعية، فلا يجب المال مقابل ضرر محتمـل لم يثبت، والقاعدة الفقهية تنص على أنه لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد إلا بسبب شرعي، وفي ذلك قياس على الراجح من أقوال العلماء في مسـألة المدين المماطل فإنه لا يجوز تعويض الدائن عن الربح الفائت بالتأخير، لأنه غير مؤكد الحصول، وقد نص الفقهاء على عدم ضمان الغاصب للربح المفترض (الفرصـة الضائعة) ومنع المال من صاحبه بسـبب الغصب والسرقة أشـد ظلماً من منعه بسبب المماطلة، ومع ذلك لم يوجبوا التعويض»[٥٢٠].

وفي حكم آخر قضى الديوان بأنه «وحيث إن مناط الحكم بالتعويض هو قيام خطأ من جانب المدعى عليها، وأن يحيق بصاحب الشـأن ضرر وأن تقوم علاقة السـببية بين الخطأ والضرر، وحيث إن الأسـباب الموجبة للضمان الحيلولة بين الحق وصاحبه سـواءً أكان عيناً أو منفعـة، ولما كانـت الحيلولة هي منع صاحب الحق من ممارسـة حقه على نحو يؤدي إلى الإضرار بـه في نفسـه أو ماله بمنعه مـن رعايته أو حفظه، وإذ أخطـأت المدعى عليها بإغلاق محل المدعي مما أدى إلى الحيلولة بينه وبين التصرف فيه بالاتجار والرعاية، وحيث ترتـب ضرراً على المدعي وذلك بالخسـارة الناتجة عن إغلاق المحل مثل دفع أجرة العمال، وفوات الأرباح المتحققة التي كان يحصل عليها أثناء عمل المحل فإنه يتعين تعويض المدعي عـن جميـع الأضرار التي لحقت به جراء إغلاق المحـل وإذ لا مجال لجبر الضرر الناتج عن

(٥٢٠) راجـع حكم المحكمة الإدارية رقم ١٦٥/د/إ/٥ لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم ١/٢٨١٢/ق لعام ١٤٣٠هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٥٠ لعام ١٤٣٥هـ في قضية الاستئنافية رقم ١٢٠٥/ق لعام ١٤٣٤هـ (حكم غير منشور). وراجع أيضاً الحكم رقم ٣٦/ت/١/لعام ١٤١٢هـ، مجموعة القضاء الإداري، ص ٤٧.، وراجع الحكم رقم ١٣٩/ت/١ لعام ١٤١٢هـ مجموعة القضاء الإداري، ص٤٨ .

إغلاق المحل إلا بتعويضه تعويضاً مادياً قياساً على الغصب بجامع تعطيل المنفعة وتفويتها والاستيلاء عليها في كل منهما، ولما كان من المقرر فقهاً وقضاءً أن أمر تقدير التعويض متروك للقــاضي المنوط به الحكم في الدعــوى، ولا تثريب عليه باعتباره قاضي الموضوع، لكون ذلك مما يســتقل به في حدود سلطته التقديرية بلا معقب عليه في هذا الشأن ما دام تقديره لا وكس فيه ولا شــطط، وما لم يكن ثمة نص يلزم باتباع معايير معينة في خصوصه؛ ولذا فإنه يجوز أن يقضى بتعويض إجمالي عن جميع الأضرار التي حاقت بالمضرور، وحيث إن الدائرة بعد دراسة الأوراق المقدمة من المدعي والمقدمة من المدعي عليها فيما يتعلق بعمل المحل وأرباحه رأت أن هناك اختلافاً كبيراً فكتبت إلى الغرفة التجارية بالمدينة المنورة التي قامت بدورها بالكتابة إلى محلات عدة مشابهة لمحل المدعي، وفى المنطقة نفسها، وأخذت إفادات تلك المحلات حول الأرباح اليومية المتحققة لمحلاتهم، فوردت الإجابة بأن الأرباح تتراوح بين (...) لذلك حكمت الدائرة بإلزام المدعى عليها بأن تدفع للمدعي مبلغاً وقدره (...) تعويضاً لــه عن إغلاق محله التجــاري..»[٥٢١]. وقضى في حكم آخر بأن «لمــا كان المدعي يهدف من إقامة دعواه أمام المحكمة الإدارية إلى طلب إلزام المدعى عليها بالتعويض بســبب إغلاقها لمحله محل العقد (...) الدائرة وهي في ســبيل تقدير التعويض الذي يســتحقه المدعي قد طلبــت منه تقديم دفاتــر المبيعات اليومية فاعتذر عن ذلك لعدم وجودها أصلاً، فلم يكن من الدائرة إلا الاستعانة بأهل الخبرة في هذا المجال فكتبت (...) فوردت إجابته بأن مقدار ربح المدعي الفائت بسبب الإغلاق (خمسمائة) ريال يومياً وحيث إن الثابت أن مدة إغلاق محل المدعي كانت (تســعون) يوماً مما تنتهي معه الدائرة بتعويضه بمبلغ وقدره (خمسة وأربعون ألف) ريال وهو ما تحكم به على المدعى عليها ..»[٥٢٢].

وفي أحدث أحكام القضاء الإداري السعودي حكمت محكمة الاستئناف الإدارية بالرياض لعام ١٤٣٦ هـ[٥٢٣] بأنه «قد تبين أن قرار الفســخ قد تم بناءً على ســبب لا ســند له شرعاً

(٥٢١) راجــع حكم الدائرة الفرعية رقــم ٢٦/د/ف/٤٣ لعام ١٤٢٧هـ في القضية رقم ١/٤٢٥/ق لعام ١٤٢٥هـ المؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم ٤٨١/ت/٥ لعام ١٤٢٧هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٢٧هـ ج، ص١٣٢٩.

(٥٢٢) راجــع حكم المحكمة الإدارية رقم ٦٢/د/إ/٢٢ لعام ١٤٣٠هـ في القضية رقم ٥/٩٥٧/ق لعام ١٤٢٩هـ المؤيدة من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٤٢٧/إس/١/ لعام ١٤٣٠هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٣٠، ص٢٩٢٦.

(٥٢٣) في هذا الحكم تصدت محكمة الاســتئناف الإدارية للحكم بعد أن نقضت حكم الدائرة الإدارية بالمحكمة الإدارية بالرياض مرتين.

ولا نظاماً وبما أن المدعى عليها قد أرســت العقد على مقاول آخر بعد فســخه، وقد أقامت المدعيــة هذه الدعوى تطالب بتعويضها عن الأضرار المترتبة جراء فســخ العقد المتمثلة في الأربــاح المتحققة الفائتة خلال الســنتين الباقية من مدة العقــد وقدرها بمبلغ (...) وبما أن المدعى عليها حرمت المدعية من إتمام العقد وذلك بفســخه قبل نهايته بسنتين وعلى وجه غــير مشروع، كــما تقدم فإن المدعية تســتحق التعويض عما فاتها من ربــح محقق ...فإن الدائرة وبعد اطلاعها على ملابســات العقد وما ذكر أثناء المرافعة تخلص وحسبما استقر في خلدها أن التعويض الجابر لضرر المدعية الناشئ بسبب حرمانها من إتمام عقدها وتفويت منفعته المتحققة التي انعقد ســبب وجودها خلال السنتين المتبقيتين من مدته بسبب غير مــشروع هــو مبلغ الربح المتحقق في الســنة الأخيرة التي تمت عليها المحاســبة مضروباً في السنوات المتبقية من العقد والبالغ (...) وبه تحكم»[٥٢٤].

وقضى الديوان بأنه « وحيث إنه بالنسبة إلى ما يطالب به المدعي من تعويض من قبل المدعــى عليها جراء ما يدعيه من أضرار لحقت به وعدم تشــغيل مبالغ هذه الأجورات في أســواق الأسهم والاســتثمار ...ما يدعيه من أرباح فائتة في سوق الأسهم والاستثمار ويطلب بالتالي التعويض عنها جراء بقاء هذه الأجورات لدى المدعى عليها فإن ما يطالب به المدعي هو الربا المحرم الذي لا يجوز الحكم به»[٥٢٥].

وعليــه يبدو عدم الاســتقرار واضحاً عن التعويض عــن الربح الفائت وأعتقــد أن التوجه الصحيح هو التعويض عن الربح الفائت لأنه ناتج عن ضرر محقق، فالمشــكلة في الربح الفائت ليســت في أصل اســتحقاقه وإنما في صعوبــة تقديره وهذا ليس مانعاً من التعويض، فلا شــك أن الحرمــان مــن الربح المحقق أياً كان مقداره هو ضرر، ومــا دام هناك ضرر مترتب عن خطأ ووجدت علاقة سببية بينهما كان استحقاق التعويض واجباً لا محالة لتوافر شروطه، أما صعوبة تقديره فيمكن التغلب عليها عن طريق التقدير المبني على تقرير أهل الخبرة، وهو قائم حتى في التعويض عن الأضرار المحققة فعلاً، الأمر الذي يعني سلامة الأحكام التي حكمت بالتعويض.

---

(٥٢٤) راجع حكم محكمة الاستئناف الإدارية بالرياض في القضية رقم ١/٧٥٧١/ق لعام ١٤٢٩هـ بجلسة ١٤٣٦/٧/٢٢هـ في القضية الاستئنافية رقم ٢٤٤١/ق لعام ١٤٣٦هـ (حكم غير منشور).

(٥٢٥) راجــع حكم الدائرة الفرعية رقــم ٥٨/د/ف/٣ لعام ١٤٢٧هـ في القضية رقم ١/٤٣٩٣/ق لعام ١٤٢٥هـ المؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم ٧٥٨/ت/٦ لعام ١٤٢٧هـ مجموعة الاحكام لعام ١٤٢٧هـ ج ...، ص٢٠٥٣.

وتبقى المسألة الأخرى وهي إمكانية التعويض عن الضرر المعنوي وهي مسألة متشابهة مع الربح الفائت بجامع أن كل منهما لا يمكن تقديره بشكل دقيق، وفيه اختلفت أحكام الديوان ودون كثير من الأحكام فإن الديوان يقضى بعدم التعويض في بعض الأحكام، ومنه ما قضى به الديوان أنه «وبما أن ما يلحق الناس جراء السجن من أضرار مادية ومعنوية تتفاوت باختلاف أحوالهم وأرزاقهم ومن ثم يختلف مقدار التعويض عن الأضرار تبعاً لذلك، وتقدير ذلك متروك للقاضي المنوط به الحكم في الدعوى، والضرر الذي لحق بالمدعي يتمثل في حرمانه من مباشرة عمله في المحل التجاري ...أما الضرر المعنوي الذي أصاب المدعي فتتمثل في حرمانه من حريته ورعاية أسرته وما صاحب ذلك من آلام نفسية وإحساسه بالمهانة والازدراء في أعين الآخرين وهي أضرار وإن اقتصرت على الجانب الأدبي والمعنوي في شخصه هو وليس لها قوام مادي إلا أن ذلك لا يمنع الدائرة من تقدير التعويض الذي يجبرها ويزيل أثرها من نفسه»[٥٢٦].

وقضى الديوان بحكم أكثر تفصيلاً بأن «الفقهاء تكلموا على التعويض عن الضرر الأدبي، جاء في مجمع الضمانات: ولو شج رجلاً فالتحمت ولم يبق لها أثر ونبت الشعر سقط الأرش عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: عليه أرش الألم وهو حكومة عدل، وجاء في فتح الوهاب أنه لو جرحه وبرئ ولم ينقص أصلاً فقيل بأنه يعزر فقط إلحاقًا للجرح باللطم والضرب للضرورة، وقيل: يفرض القاضي شيئًا باجتهاده، وقال ابن القيم: من غير مال غيره بحيث فوت مقصوده عليه فله أن يضمن بمثله، فإن فوت صفاته المعنوية مثل أن ينسيه صناعته أو يضعف قوته أو يفسد عقله أو دينه فهذا أيضاً يخير المالك بين تضمين النقص وبين المطالبة بالبدل، كما أن الشريعة راعت الجانب الذي يصيب الإنسان في سمعته أو يناله ضرر معنوي وإن لم ينله ضرر مادي فجاءت بحد القذف لمن قذف إنساناً دون دليل، فالمقذوف لم ينله ضرر مادي في الأصل إنما هو ضرر معنوي في سمعته وشرفه قد تكون له آثار مادية، وكذا المطلقة قبل الدخول فإنها لم ينلها ضرر مادي إنما معنوي لأن طلاق المرأة قبل الدخول يسبب لها ألمًا نفسيًا كبيرًا، وقد أوجب الشارع نصف المهر المسمى وتجب لها المتعة في حال عدم تسمية المهر، وقال الماوردي في الأحكام السلطانية ما نصه: ولو تعلق

(٥٢٦) راجع حكم الدائرة الإدارية رقم ٦٣/د/إ/٤ لعام ١٤٢٧هـ في القضية رقم ٢٧٣٩ /١/ق لعام ١٤٢٤هـ المؤيد بحكم هيئة التدقيق رقم ٤٣١/ت/٦ لعام ١٤٢٧هـ، مجموعة الأحكام لعام١٤٢٧هـ ج٤، ص٢٠١٢.

بالتعزير حق الآدمي كالتعزير في الشتم أو الضرب ففيه حق للمشتوم أو المضروب وحق السلطنة للتقويم والتهذيب فلا يجوز لولي الأمر أن يسقط بعفوه حق المشتوم أو المضروب، وعليه أن يأخذ له حقه من تغريم الشاتم أو الضارب، ومما يستدل به على أن الضرر الأدبي يمكن تعويضه بالمال فيما حكاه ابن قدامه أن عثمان رضي الله عنه قضى في رجل ضرب آخر حتى أخذ بثلث الدية، خلافاً للقياس الذي يقضي بأن الدية لا تجب إلا لإتلاف منفعة أو عضو أو إزالة حمل، وليس في القضية المحكوم فيها شيء من ذلك وإنما ذهب من ذهب إلى إيجاب الثلث لقضية عثمان رضي الله عنه لأنها في مظنة الشهرة، وقد قاس ابن قدامه على حكم عثمان كل فرع..»[٥٢٧].

غير أن الديوان في أحكام أخرى قضى بعدم التعويض عن الضرر المعنوي فحكم بأن «الضرر الذي يدعيه المدعي هو من قبيل الضرر المعنوي والذي يترجح لدى الدائرة عدم التعويض عنه، وهو قول الجمهور وعليه جرى العمل في المحاكم وذلك لانعقاد الإجماع من الفقهاء المتقدمين على عدم جواز التعويض المالي عن الأضرار المعنوية ...كما أن الضرر المعنوي ليس فيه خسارة مالية، فلا يمكن تحديده وتقديره ومن المتقرر فقهاً بأن التعويض في الفقه الإسلامي لا يكون إلا عن ضرر مالي محسوس واقع فعلاً، أو ما كان في حكمه، إضافة إلى ذلك فإن التعويض بالمال يقوم على الجبر بالتعويض، وذلك بإحلال مال محل مال مفقود مكافئ أو قريب له، وما يدعيه المدعي من ضرر معنوي خارج عن ذلك كله، كما أن التعويض عن الضرر الذي لحق بالمدعي لا يرفع الألم النفسي والخوف الذي أصابه ولا يزيله.. ولا ينال من ذلك ما قد يثار من بعض الأدلة التي أثارها المدعي من دلالتها على التعويض المعنوي لكونها لا تخرج عن كونها ضعيفة من جهة الثبوت، كما أن الدائرة قد ارتضت عدم التعويض عن الضرر المعنوي»[٥٢٨].

---

(٥٢٧) راجع حكم الدائرة الفرعية رقم ٤٢/د/ف/٤ لعام ١٤٢٦هـ في القضية رقم ١/٢٠٥/ق لعام ١٤٢٥هـ المؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم ١٢/ت/١ لعام ١٤٢٧هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٢٧هـ ج ٤، ص١٨٦٩.

(٥٢٨) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ٨٥/د/إ/٢٢/٣/ لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم ٥/٢٣٤٢/ق لعام ١٤٣٢هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٣٣٩ لعام ١٤٣٣هـ في قضية الاستئناف رقم ٣٩٥٤/ق لعام ١٤٣٣هـ (حكم غير منشور).

من ذلك يتضح أن الديوان غير مستقر على التعويض المعنوي، وأعتقد أن الصحيح حقاً وعدلاً هو تلك الأحكام التي تقرر التعويض عن الضرر المعنوي كالضرر المادي بجامع الضرر في كليهما، بل إن الضرر المعنوي أشد وطأة ومرارة من الضرر المادي، كما أن صعوبة التقدير لا تمنع من التعويض بالقدر الذي يجبر الضرر، لأن علة التعويض ليست في قيمته بقدر قدرته على جبر الضرر، وإذا كان لا يجبر الضرر إلا بالتعويض، وقد ثبت أن الضرر المعنوي ضرر بما لا يستطيع أحد إنكاره، لذا يلزم التعويض عنه. لقول النبي صلي الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار) وللقاعدة الفقهية الضرر يزال، وإلا فإني أسال المعارضين كيف يمكن تعويض الشخص عن حرمانه من حريته وإهانته وإساءة سمعته ومن رعاية أسرته؟ إن كان لديهم حل يعوضه، فعليهم تبيانه، وإلا كان هناك قصور في إحقاق الحق.

ثانياً: فسخ العقد:

وأخيراً من حقوق المتعاقد طلب فسخ العقد. فللمتعاقد طلب فسخ العقد وذلك في الحالات التي لا يستطيع معها تنفيذ العقد نتيجة إخلال الجهة الإدارية بالتزاماتها، لأن المتعاقد مطالب بالتنفيذ كلما كان ذلك ممكناً ولو مرهقاً حسب ما يمليه النظام وتمليه المبادئ التي تقوم عليها العقود الإدارية وهو ما قضى به الديوان بقوله: «وغير صحيح في الواقع أو النظام ما ذهبت إليه الدائرة من أن كثرة التعديلات والإضافات التي أدخلت على البناء موضوع المنازعة ينطوي على تقصير من الإدارة قد أدى إلى توقف المدعية عن العمل وبالتالي يصلح مبرراً لفسخ العقد، ذلك أنه من المبادئ المقررة في فقه العقود الإدارية أنها تتميز بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره، وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ومتى كان العقد الإداري يتعلق بمرفق عام فلا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بالوفاء بأحد التزاماتها قبله بل يتعين عليه إزاء هذه الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ ما دام ذلك في استطاعته ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزامها إن كان لذلك مقتضى وكان له فيه وجه حق، ولا يسوغ له الامتناع عن تنفيذ العقد بإرادته المنفردة وإلا حقت مساءلته عن تبعة فعله السلبي»[٥٢٩].

(٥٢٩) راجع ديوان المظالم، قرار رقم ٢٨/ت لعام ١٤٠٠هـ في القضية رقم ٤٢٢/ق لعام ١٣٩٦، مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية التي قررتها لجنة تدقيق القضايا خلال عام ١٤٠٠هـ ج ص ١٨٥.

الفصل الثالث

سلطات الجهة الإدارية

متعددة هي وخطيرة سلطات الجهات الحكومية تجاه المتعاقد، وهذه السلطات تمثل في نفس الوقت حقوقاً للجهة الإدارية تجاه المتعاقد، وعلى المتعاقد التماشي مع هذه السلطات التي يمليها النظام وطبيعة العقود الإدارية.

لذا فإن عدم النص على تلك السلطات في العقد الإداري لا يمنع جهة الإدارة من استخدامها، لأنها لا تستمد من العقد وإنما تستمدها الجهات الحكومية من حقها الدستوري والنظامي في تنظيم وإدارة المرافق العامة، بالإضافة إلى هذا فإنه لا يجوز للإدارة ولا المتعاقدين معها الاتفاق على عدم استخدام تلك السلطات لأنها ليست مقررة لذات الجهة الحكومية حتى تتنازل عنها وإنما هذه السلطات مقررة للمصلحة العامة فهي تعد من النظام العام للعقود الإدارية.

وهو ما قضى به الديوان بقوله: «وغير صحيح في الواقع أو النظام ما ذهبت إليه الدائرة من أن كثرة التعديلات والإضافات التي أدخلت على البناء موضوع المنازعة ينطوي على تقصير من الإدارة قد أدى إلى توقف المدعية عن العمل، وبالتالي يصلح مبرراً لفسخ العقد، ذلك أنه من المبادئ المقررة في فقه العقود الإدارية أنها تتميز بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ومتى كان العقد الإداري يتعلق بمرفق عام فلا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بالوفاء بأحد التزاماتها قبله، بل يتعين عليه إزاء هذه الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ ما دام ذلك في استطاعته ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزامها إن كان لذلك مقتضى وكان له فيه وجه حق ولا يسوغ له الامتناع عن تنفيذ العقد بإرادته المنفردة وإلا حقت مساءلته عن تبعة فعله السلبي»[٥٣٠].

وهو ما قضت به المحكمة الإدارية العليا بقولها: «العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني

(٥٣٠) راجع ديوان المظالم، قرار رقم ٢٨/ت لعام ١٤٠٠هـ في القضية رقم ٤٢٢/ق لعام ١٣٩٦، مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية التي قررتها لجنة تدقيق القضايا خلال عام ١٤٠٠هـ ص١٨٥.

من حيث العناصر الأساسـية لتكوينه، فلا يعدو أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفين أحدهما هو الدولة أو أحد الأشـخاص الإدارية، بيـد أنه يتميز بأن الإدارة تعمل في إبرامها بوصفها سـلطة عامة تتمتـع بحقوق وامتيازات لا يتمتـع بمثلها المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة، كـما أنه يفترق عن العقد المدني في كون الشـخص المعنوي يعتمد في إبرامه وتنفيذه أسـاليب القانون العام ووسائله إما بتضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، سواءً كانـت هذه الشروط واردة في ذات العقـد أو مقررة بمقتضى القوانين واللوائح أو بمنح المتعاقد مـع الإدارة حقوقاً لا مقابل لها في القانون الخاص، بسـبب كونه لا يعمـل لمصلحة فردية، بل يعاون السلطة الإدارية ويشترك معها في إدارة المرفق أو تسييره أو استغلاله تحقيقاً للنفع العام، فبينما مصالح الطرفين في العقد المدني متساوية ومتوازنة إذا بكفتي المتعاقدين غير متكافئة في العقـد الإداري تحقيقاً للمصلحة العامة على المصلحة الفردية، مما يجعل للإدارة في هذا الأخير سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته وحق تعديل شروطه المتعلقـة بسـير المرفق العام وتنظيمه والخدمـة التي يؤديها، وذلك بإرادتها المنفردة حسـبما تقتضيـه المصلحـة العامة دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعـدة أن العقد شريعة المتعاقدين، وكـذا توقيـع جزاءات على المتعاقد وحق فسـخ العقـد وإنهائه بإجـراء إداري دون رضا هذا المتعاقـد إنهاءً مبتـسراً ودون تدخل القضاء، هذا إلى أن العقد تتبع في إبرامه أسـاليب معينة كالمناقصة والمزايدة العامة أو الممارسة ويخضع في ذلك لإجراءات وقواعد مرسومة ..»[٥٣١].

وأيضاً ما قررته الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بقولها: «ولقد استقر الرأي في هـذا المجال عـلى أن علاقة المتعاقديـن في العقود الإدارية لا تسـتند إلى شروط العقد فقط وإنما تسـتند أيضاً إلى القواعد القانونيـة والتنظيمية الخاصة بالمرفق العام ... واتصال العقد به ووجوب الحرص على انتظام سـيره واسـتدامة تعهد الإدارة له وإشرافها عليه بما يحقق المصلحة العامة، ومن هنا يحق للإدارة مباشرة هذه السـلطات ولو لم ينص عليها في العقد»[٥٣٢]. غير أنه تجب الإشارة إلى أن استخدام هذه السلطات لا يعني سلب حق المتعاقد في اقتضاء المقابل المالي المترتب على استخدامها كما في حالة تعديل التزامات المتعاقد[٥٣٣].

(٥٣١) حكـم المحكمـة الإدارية العليا في القضية رقم ١٠٥٩ لسـنة ٧ ق بجلسـة ١٩٦٣/٥/٢٥، المجموعة، مجلد ٨، ج٢، القاعدة رقم ١١٦، ص١٢٢٥.

(٥٣٢) راجع الفتوى رقم ٥٤٧ بتاريخ ١٩٦٢/٨/٢٩.

(٥٣٣) راجع في عرض هذا د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص٤٣٢.

ويمكن أن نحدد سلطات الجهات الحكومية المتعاقدة في المباحث التالية:

المبحث الأول

سلطة الرقابة والتوجيه:

للإدارة سلطة الرقابة والتوجيه ولو لم ينص على ذلك في العقد حيث إن الإدارة هي المسؤولة عن تحقيق الصالح العام، فالإدارة تملك في مواجهة المتعاقد معها حق الرقابة والتوجيه للتأكد من قيامه بالعمل وفقاً لما هو متفق عليه، أو بإصدار أوامر ملزمة للمتعاقد تتعلق بتنفيذ العقد على نحو معين، كأن تطلب من المتعاقد اتباع وسيلة معينة للتنفيذ غير تلك الطريقة التي يستخدمها، ولكن يجب ألا يصل الأمر إلى تغيير في طبيعة العقد المتفق عليه [٥٣٤].

وقضت المحكمة الإدارية العليا بأن «العقود الإدارية تتميز عن العقود الإدارية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازية ومتساوية، إذا بها في العقود الإدارية غير متكافئة، إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة، وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري، ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية»[٥٣٥].

هذا وتوجد صورتان لممارسة هذه السلطة، الأولى: وتعد الصورة التقليدية للرقابة والتوجيه والتي لا تختلف صورتها عن التعاقدات الخاصة، والتي تتمثل في حق الطرف المتعاقد أن يراقب تنفيذ العقد وفقاً للالتزامات المنصوص عليها فيه، أما الصورة الثانية وهي تلك التي تظهر فيها الجهة الحكومية بمظهر السلطة العامة باعتبار أن العقود الإدارية لها طابعها الخاص والذي مناطه تسيير المرفق العام وتغليب وجه المصلحة العامة على المصلحة الخاصة والتي تتيح لها التدخل في طريقة التنفيذ وأدواته.

(٥٣٤) راجع د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص٤٣٣ وما بعدها.

(٥٣٥) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٥٢٠ لسنة ٢ق، بجلسة١٩٥٧/٤/٢٠، الموسوعة، ج١٨، ص٨٣٤.

هــذا وتختلف حدود هذه الرقابة من عقد إلى آخر، حيث تظهر صورتا الرقابة بشــكل كبير في عقود الالتزام حيث تتحقق الإدارة من القيام بالتنفيذ وفقاً لشروط العقد وكذا وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، ومن ذلك إمكانية حصول الجهة المتعاقدة على كافة المعلومات والبيانات والإحصاءات المتعلقة بإدارة المرفق.

وأيضاً تظهر صورة الرقابة بشكل كبير في عقود الأشغال ولقد تضمن نموذج عقد الأشغال العامة حســب ما تضمنه قــرار مجلس الوزراء الموقر رقــم ١٣٦ وتاريخ ١٤٠٨/٦/١٣هـ ما يتعلق بعملية الإشراف فعلى سبيل المثال نصت المادة ٢ من القسم الثاني (الشروط العامة) عــلى أن "صلاحيــات المهندس هي ملاحظة الأعــمال ومراقبتها وفحص واختبــار أية مادة تســتعمل أو طريقة تستخدم لتنفيذ الأعمال، وليس للمهندس سلطة إعفاء المقاول من أي مــن واجباته أو التزاماته المترتبة عليــه بموجب العقد، كما ليس له أن يأمر بإجراء أي عمل قد ينشأ عنه تأخير أو زيادة في التزامات صاحب العمل المالية، كذلك ليس له أن يقوم بأي تغيير في الأعمال إلا إذا نص على جواز ذلك صراحة في العقد.

وللمهندس من وقت لآخر أن يفوض ممثله خطياً بممارسة أي من الصلاحيات والسلطات المنوطــة به على أن يقدم للمقاول نســخة من هــذا التفويض الخطــي وتعتبر التعليمات والموافقــات المكتوبة - الصــادرة عن ممثل المهندس إلى المقــاول في نطاق حدود التفويض المعطى له - ملزمة لكل من المقاول وصاحب العمل كما لو كانت صادرة عن المهندس نفسه ويراعى دائماً ما يلي:

أ- إن تقصير ممثل المهندس في رفض أو قبول أي عمل أو مواد لا يؤثر على ســلطة المهندس الذي يحق له فيما بعد أن يرفض العمل أو المواد المذكورة وأن يأمر بهدمها أو إزالتها.

ب- في حالة عدم رضا المقاول بأي قرار يتخذه ممثل المهندس يحق للمقاول أن يحيل الأمر إلى المهندس الذي يحق له في هذه الحالة تأييد القرار المشار إليه أو إلغاؤه أو تعديله.

كــما نصت المادة(٨) من العقد على أنه «مع مراعاة ما ورد في المادة رقم (٢) للمهندس مطلــق الســلطة والصلاحيــة في أن يــزود المقاول من وقت لآخــر أثناء تنفيــذ العقد بأي مخططات أخرى أو تعليمات إضافية تكون ضرورية من أجل الوفاء بالتزاماته بشكل متقن وســليم وعلى المقاول أن ينفذ تلك المخططات والتعليــمات وأن يتقيد بها، فإن كانت تلك

المخططـات أو التعليـمات تتضمن زيادة على الكميات المقــررة أو نقصاً أو تغييراً في المواد ونوعيتها يترتب عليها زيادة أو نقص في الأســعار فيجــب عرضها على صاحب العمل وأخذ موافقته عليها إن كان لها ســعر مماثل في فئات الأســعار أو يتفق عليها بين كل من صاحب العمل والمهندس والمقاول».

وأيضاً نصت المادة ١/١٢ أنه "على المقاول أن يقوم بتنفيذ وإتمام وصيانة الأعمال للعقد وعليــه أن يتقيــد بتعليمات المهنــدس وتوجيهاته الخطية في أي موضــوع يتعلق بالأعمال أو يتصــل بها ســواءً كان ذلك مذكــوراً في العقد أم لا، وعلى المقــاول أن يتلقى التعليمات والتوجيهات من المهندس أو من يمثل المهندس في نطاق الحدود المشــار إليها في المادة رقم (٢) من هذه الشروط».

وكذلــك نصت المــادة (١٤) أنه «أولاً: على المقــاول أن يقدم مع عطائــه برنامجاً زمنياً يتضمــن ترتيب ســير العمل والطريقة التــي يقترحها لتنفيذ الأعــمال، وكذلك على المقاول أن يقــدم إلى المهندس أو ممثل المهنــدس عندما يطلب منه ذلك أيــة معلومات تفصيلية خطية تتعلق بالترتيبات اللازمة لإنجاز الأعمال ومعدات الإنشاء والأعمال المؤقتة التي يزمع المقاول تقديمها أو استعمالها أو إنشاءها حسب الأحوال.

ثانياً - للمهندس الحق في جميع الأحوال أن يعترض ويطلب من المقاول أن يسحب فوراً من موقع العمل أي شخص يستخدمه في تنفيذ الأعمال وصيانتها، أو بأي شأن يتعلق بها إذا كان المهندس يري أنه ســيئ السلوك أو غير كفء أو مهمل في واجباته أو أن استخدامه غير مرغوب فيه من جانب المهندس، وفي هذه الحالة فإنه لا يجوز استخدام مثل هذا الشخص مرة ثانية بدون موافقة المهندس الخطية وعلى المقاول أن يستعيض بأسرع وقت ممكن عن أي شخص يجري سحبه عن النحو المبين أعلاه ببديل يوافق عليه المهندس».

ومــن ذلك أيضاً المــادة (٢٧) والتي نصت أنه «على المقاول أن يقــدم في الأوقات التي يحددها المهندس أو ممثله كشفاً تفصيلياً يبين فيه أسماء جميع موظفيه وعماله، وغير ذلك من المعلومات التي قد يطلبها منه المهندس أو ممثله والمتعلقة بالعمال أو بمعدات الإنشاء.

وأيضاً نصت المادة (٢٨) على أنه «يجب أن تكون كافة المواد وأصول الصنع من الأنواع المطابقة للمواصفات السعودية أو الموصوفة في العقد والمطابقة لتعليمات المهندس، ويجب

أن تخضع من وقت لآخر لأية اختبارات قد يري المهندس إجراءها في مكان صنع تلك المواد أو في الموقع أو في جميع تلك الأماكن أو في أي مكان آخر».

وكذلـك نصت المادة ٢٩ على أنه «للمهندس أو لأي شـخص آخر مخول من قبله الحق في جميع الأوقات في مشـاهدة الأعمال والدخول إلى الموقع وإلى جميع الورشـات والأماكن التي يجرى فيها إعداد العمل، أو يتم فيها الحصول على المواد والمصنوعات والآلات اللازمة للأعمال، وعلى المقاول أن يقدم جميع التسهيلات والمساعدة اللازمة لممارسة هذا الحق».

غـير أن هـذه الرقابة تضعف في عقد التوريد، إذ من المسـلم بـه أن الأصل هو حرية المتعاقد في اختيار أسـلوب التنفيذ في هذه العقود على أن هذا لا ينفي إمكانية اسـتخدام الإدارة لهـذا الحق إن كان له مقتضى، فهو حق يشـمل كافة العقود الإدارية ولكن تطبيقه يختلف مداه حسب طبيعة كل عقد [(٥٣٦)].

هذا وسـلطة الإدارة في الرقابة لا تمتد إلى شروط التعاقد فهذا لا يدخل في سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه، وإنما يدخل في سـلطة أخرى هي سـلطة تعديل العقد والتي تختلف طبيعتها وأحكامها عن سلطة الرقابة والتوجيه وهو ما قضت به المحكمة الإدارية العليا بأن «مهمة المهندس المشرف على التنفيذ هي الإشراف على تنفيذ العقد طبقاً لشروطه وإصدار ما يلزم من الأوامر والتعليمات في حدود تلك الشروط»[(٥٣٧)].

(٥٣٦) راجع د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص٢٧٣، ود. محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص٢٥٢.

(٥٣٧) راجـع حكـم المحكمة الإداريـة العليا في الطعن رقـم ٣٤٩٠ لسـنة ٣٨ق، بجلسـة، ١٩٩٥/٦/١٣، المجموعة، مجلد٤٠/٢، ص ١٩١٩.

المبحث الثاني

سلطة تعديل العقد:

بإرادة منفردة متشحة بمظهر السلطة العامة تستطيع الجهات الحكومية تعديل العقد بإرادة منفردة ودون أن يحتج عليها بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، كما أن هذه السلطة مقررة لهذه الجهات ولو لم يكن منصوصاً عليها في العقد، وأساس ذلك ما قضى به ديوان المظالم بأنه «من المقرر في مجال العقود الإدارية حسبما استقر عليه قضاء الديوان أن الجهة الإدارية المتعاقدة تملك من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة وعلى خلاف المألوف في عقود الأفراد فيما بينهم حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وصورة لم تكن معروفة أثناء إبرام العقد فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق المتعاقد معها أو تنقصها، وتتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقص على خلاف ما ينص عليه العقد، وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق لهذا التعديل من غير أن يحتج عليها بالقوة الملزمة للعقد»[٥٣٨].

وهو ما قضى به أيضاً بقوله: «ولما كان التعاقد في العقود الإدارية يتم على أساس أن نية الطرفين قد انصرفت عند إبرام العقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة إضافةً إلى أن سلطة تعديل العقد أو فسخه مستمدة لا من نصوص العقد فحسب بل من طبيعة المرفق واتصال العقد به ووجوب الحرص على انتظام سيره واستدامة تعهد الإدارة له وإشرافها عليه بما يحقق المصلحة العامة، ومن هنا يثبت حق الإدارة في التعديل أو الفسخ دون تضييع لحق المتعاقد معها في التعويض إن كان له وجه.

ولما كان الديوان قد استقر على أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد

---

(٥٣٨) راجع حكم الدائرة الإدارية رقم ١٧/د/إ/٥ لعام ١٤٢٧هـ في القضية رقم ١/١٠٩٨/ق لعام ١٤٢٧هـ المؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم ٣٣٥/ت/١ لعام ١٤٢٧هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٢٧هـ ج٥، ص٢٢٩٨، وراجع أيضاً حكم ديوان المظالم رقم ٧٥/ت/١ وتاريخ ١٤١٣هـ مجموعة القضاء الإداري، مرجع سابق، ص١٢٠، ١٢١. الذي قضى فيه بأن «تعديل شروط العقد من الحقوق المقررة لجهة الإدارة في جميع العقود الإدارية ولو لم ينص عليها في العقد وبشرط ألا تتجاوز التعديلات حداً معيناً من شأنه قلب شروط العقد رأساً على عقب بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عقد جديد، وإلا التزمت بالتعويض عما يصيبه من أضرار».

الخاصة، إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة..»(٥٣٩).

وأيضاً قضى بأن «تعديل شروط العقد من الحقوق المقررة لجهة الإدارة في جميع العقود الإدارية ولو لم ينص عليها في العقد..»(٥٤٠).

وعليه لا يجوز لجهة الإدارة أن تتنازل عن هذا الحق في العقد لأنه من النظام العام(٥٤١).

وقد فصلت المحكمة الإدارية العليا أساس سلطة الإدارة في التعديل وحدودها في حكم مطول يستحق إيراده مفصلاً في هذا التناول والذي قضت فيه بأنه «ومن حيث إن سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد أو في تعديل طريقة تنفيذه هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية، بل هي أبرز الخصائص التي تميز العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية، ومقتضى هذه السلطة أن جهة الإدارة -مستهدفةً تحقيق حسن سير وانتظام المرافق العامة في أداء الخدمات العامة على النحو الذي يحقق الصالح العام- تملك من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة وعلى خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم، حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد فتزيد من أعباء الطرف الآخر، أو تنقصها بشرط أن تقتضى حاجة المرفق أو المصلحة العامة هذا التعديل، ولا شك أن هذا الحق في تعديل العقد المقرر لجهة الإدارة بإرادتها المنفردة إنما يشمل سلطة إنهاء العقود الإدارية قبل الأوان باعتبار أن الإنهاء ينصب على الشرط الخاص بمدة العقد.

هذا الحق لجهة الإدارة في تعديل العقد بما يشمله من إنهائه يترتب على ما للعقود الإدارية من تميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة فللإدارة دائماً وفقاً لمقتضيات الصالح العام سلطة إنهاء العقد من غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق

---

(٥٣٩) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ٢٥٢/د/إ/٢ /٢٢ لعام ١٤٣٢هـ في القضية رقم ٥/٧٢٦/ق لعام ١٤٢٦هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٣٢٦ لعام ١٤٣٣هـ في قضية الاستئناف رقم ٢٦٧١ /ق لعام ١٤٣١هـ. (حكم غير منشور).

(٥٤٠) راجع حكم هيئة التدقيق رقم ٧٥/ت/١ وتاريخ ١٤١٣ هـ مجموعة القضاء الإداري، مرجع سابق، ص١٢١،١٢٠.

(٥٤١) راجع د. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية مع دراسة خاصة لنظام تأمين مشتريات الحكومة وعقود توظيف واستغلال الثروة الطبيعية في المملكة العربية السعودية، دار العلوم للطباعة والنشر، ١٤٠٥هـ ١٩٨٤. ص٢١٤.

المكتسب، أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ذلك لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها يحكمها مبدأ حسن سير واستمرار المرافق العامة، وهى تفترض مقدماً حصول تغيير في ظروف وملابسات العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات حسن سير المرفق العام وانتظامه ويقوم التعاقد فيها على أساس أن نية الطرفين قد انصرفت عند إبرام العقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة مما يترتب عليه أن جهة الإدارة - وهي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد تسييره - تملك حق تعديل هذا العقد بما يتواءم مع هذه الظروف المتغيرة مع الضرورة، ويحقق تلك المصلحة العامة أو إنهاء العقد إذا ما استلزمت ذلك ضرورة الوفاء بحاجات المرفق العام المحققة للمصلحة العامة، والإدارة في ممارستها لسلطة تعديل العقد أو إنهائه إنما تستعمل حقاً وهذه السلطة لا تستمدها الإدارة من نصوص العقد بل من النظام العام لسير المرفق العام والذي يحكم كفالة حسن سيرها وانتظامها في أداء خدماتها بما يحقق المصلحة العامة، ومن ثم فحق الإدارة في التعديل أو الإنهاء للعقد الإداري مقرر بغير حاجة إلى النص عليه في العقد وإلى موافقة الطرف الآخر عليه، فإذا ما أشارت نصوص العقد إلى حق الإدارة في إجراء هذا التعديل، فإن ذلك لا يكون إلا مجرد تنظيم لسلطة التعديل وبيان أوضاع وأحوال ممارستها وما يترتب على ذلك، دون أن يكون في ذلك أي مساس بالحق الأصيل المقرر للجهة الإدارية في التعديل، ولاتصال هذه السلطة بالنظام العام للمرافق العامة، من المقرر أنه لا يجوز لجهة الإدارة نفسها أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة لأنها تتعلق بكيان المرافق العامة، فللإدارة دائماً سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن ظروفاً استجدت تستدعى هذا الإنهاء، كما إذا أصبح العقد غير ذي فائدة للمرفق العام أو أضحى لا يحقق المصلحة العامة المقصودة في ظل من تغير ظروف الحال عنها وقت التعاقد مع المنتفع، وليس للطرف الآخر في العقد إلا الحق في التعويضات إن كان لها وجه وتوافرت الشروط الموجبة لاستحقاق التعويض»[٥٤٢].

هذا وتتعدد صور التعديل الذي يمكن أن تجريه الإدارة على العقود، وتتبدى هذه الصور في تعديل مقدار الالتزامات مع بقاء نوع هذه الالتزامات أي كمية الأعمال أو الأشياء

(٥٤٢) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٩٨٦لسنة ٣٥ق بجلسة ١٩٩٢/١١/١٥، المجموعة، المجلد ١/٣٨، القاعدة ٩، ص١٢١،١٢٠.

محــل العقد [٥٤٣] وهي صورة بهذه الاعتبــار داخلة في موضوع العقد، ويضيف البعض من الفقــه إلى هذه الصورة شــكلاً آخر؛ كأن تطلب الإدارة من المتعاقــد في عقد التوريد تأمين ســيارات من نــوع آخر غير ما ورد في العقد مع تماثل الــشروط والمواصفات، أو تغيير عقد الاستشاري من تصميم مبنى معين كمدرسة للبنين إلى مدرسة للبنات [٥٤٤].

والصورة التالية تتمثل في التعديل في طريقة التنفيذ والأدوات المستخدمة وهذه الصورة من حيث الأصل تخضع لحق الجهة في الرقابة والتوجيه، ولا تدخل في باب التعديلات إلا إذا كان ذلك تعديلاً للطرق والأدوات المتفق عليها في العقد[٥٤٥].

والصــورة الأخيرة تتمثل في تعديل البرنامج الزمني بزيادتــه أو نقصه تحقيقاً للمصلحة العامة[٥٤٦] وقد تتأتى الأولى من خلال رؤية الإدارة أن طبيعة الأعمال المنفذة تســتدعي وقتا أطــول حتى تتفق مع الــشروط والمواصفات، أو تكون نتيجــة التكليف بأعمال إضافية، أو يكون ذلك لأســباب خارجة عن إرادة الأطراف ولا دخل له بطبيعة العمل كنشــوب حرب مثلاً، أما تنقيص المدة فقد يكون لأن المصلحة العامة تستدعي تسليم الأعمال محل التنفيذ في وقت مبكر كاستعجال مدة التوريد لسيارات ترغب الدولة في وضعها تحت تصرف وفود رسمية أو غير ذلك[٥٤٧]، أو أن الأعمال بطبيعتها يمكن تنفيذها وفقاً للمجرى العادي للأمور في وقت أقصر، أو يكون نقص المدة بشكل غير مباشر حينما تخفض قيمة العقد.

وأعتقد أن إطالة أمد العقد أو إنقاصه بحد ذاته بشكل مباشر، وإن كان تعديلاً للعقد،إلا أنــه من وجهة نظــري لا يعد صورة نظامية من صور التعديل التي نص عليها النظام، إلا في

(٥٤٣) راجع د. أيوب منصور الجربوع، ضوابط سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء قضاء ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية، مجلة جامعة الملك سعود (العلوم الإدارية) م ٢٠، ع١، ٢٠٠٨، ٦٩، ود. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص٤٣٧، ود. عبد الله الوهيبي، مرجع سابق، ص٣٨٦.

(٥٤٤) راجع د. عبد الله الوهيبي، مرجع سابق، ص٣٨٦.

(٥٤٥) راجع د. أيوب منصور الجربوع، مرجع سابق، ص٧٠، ود. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص٤٣٧، ود. عبد الله الوهيبي، مرجع سابق، ص٣٨٦.

(٥٤٦) راجع د. أيوب منصور الجربوع، مرجع سابق، ص٧٠، ود. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص٤٣٧، ود. عبد الله الوهيبي، مرجع سابق، ص٣٨٦.

(٥٤٧) راجع د. عبد الله الوهيبي، مرجع سابق، ص٣٨٧.

العقود ذات التنفيذ المستمر، وبالتالي لا تخضع لحدود النسب النظامية المنصوص عليها، وإنما أي تغيير فيها بما قد يؤثر على المتعاقد بالضرر فإنه يستحق عنه التعويض، فالتعديل المنصوص عليه هو التعديل في الالتزامات، وتتأتى الزيادة في مدد التنفيذ أو نقصها بشكل غير مباشر تبعاً لها، أما وقف الأعمال نتيجة للحروب أو عدم وجود اعتماد مالي فهذه قوة قاهرة أو طارئة، والثانية تعد من الأخطاء العقدية ولا علاقة لهما بتعديل العقد.

ونظراً لأن هذه السلطة بالشكل المشار إليه من الخطورة بمكان إذا استعملت بشكل غير مدروس، أو تركت بلا حدود، الأمر الذي قد ينقلب ضرراً على المصلحة العامة، بدلاً من أن يكون نفعاً لها، لهذا فقد أحاط النظام السعودي والقضاء الإداري السعودي هذه السلطة بالعديد من الضوابط لوضع تلك السلطة في إطارها الصحيح، والتي يمكن إيرادها كما يلي:

١- أن يكون التعديل في حدود النسب النظامية التي نص عليها النظام والذي حددها في المادة (٣٦) منه بقوله:"يجوز للجهة الحكومية زيادة التزامات المتعاقد ضمن نطاق العقد بما لا يتجاوز (١٠٪) عشرة في المائة من القيمة الإجمالية للعقد، أو تخفيض هذه الالتزامات بما لا يتجاوز (٢٠٪) عشرين في المائة".

وفيما يتعلق بعقود الخدمات ذات التنفيذ المستمر، كالصيانة والنظافة والتشغيل وخدمات الإعاشة فإنه يجوز تمديد مدة هذه العقود بما لا يتجاوز نسبة ١٠٪ من قيمة العقد الإجمالية، بشرط ألا تكون هذه النسبة قد استنفدت في تنفيذ بنود أو كميات إضافية في العقد[٥٤٨].

في حالة الشراء المباشر فقد نصت المادة (٦١) من اللائحة على أنه «يجوز تكليف المتعاقد في عقود الشراء المباشر المنصوص عليها في المادة (الرابعة والأربعين) من النظام، والعقود المستثناة من المنافسة العامة المنصوص عليها في المادة (السابعة والأربعين) من النظام، بأعمال إضافية بما لا يتجاوز نسبة ١٠٪ من قيمة العقد، وفقاً لشروط التكليف بالأعمال الإضافية».

(٥٤٨) راجع المادة ٦٠ من اللائحة.

وبالتـــالي لا يجوز للجهة الإدارية بإرادتها المنفردة أن تتعدى هذه النســـب عند تعديل العقد زيادة أو تخفيضاً، غير أن ذلك لا يمنع تجاوز هذه النسب بالاتفاق بين طرفي العقد إذا اقتضت الضرورة القصوى ذلك تحقيقاً للمصلحة العامة، إذ لا يجب أن ترتبط الزيادة فقط بالاتفاق بين الطرفين، فإنه وإن كانت العقود الإدارية لا تخرج عن ماهية العقود باعتبارها تقوم على الإيجاب والقبول، إلا أن ذلك الإيجاب والقبول يتميز بعملية إجرائية مختلفة عن العقــود المدنية، قد وضع النظام قواعدها الملزمة التي لا يجوز الخروج عليها، تحت ســتار التعديل، وبالتالي يجب أن يكون التعديل في حدود النسب التي نص عليها النظام، واستثناء يمكن تجاوز هذه النسب، ونلمح ذلك التشديد في خطاب وزارة المالية رقم ٢٢٣٤٣ وتاريخ ١٤٢٩/٤/٢٢هـــ الذي أشــار إلى أنه لا يجوز وفقاً لأحكام النظام الجديد أن تتجاوز نســبة الأعمال الإضافية ١٠٪ سواءً في الأعمال المطروحة في المنافسة العامة أو ما تم بطريقة الشراء المبــاشر، ذلك أن الشراء المباشر وفقاً لأحكام المادة (٢٤) من النظام يجب الحصول فيه على ثلاثة عروض على الأقل وما زاد عن ذلك يعد تعاقداً جديداً يشــترط فيه الحصول على ثلاثة عروض وليس أعمالاً إضافية[٥٤٩].

ولذلــك أرى أن يضع المنظــم القواعد التي تنظم الاتفاق على تجاوز النســب النظامية حتى لا تستخدم إلا في مكانها الصحيح وفقاً للمبادئ التي تقوم عليها العقود الإدارية.

٢- ان يكــون التعديــل صادراً مــن الجهة التي تملكه نظاماً فلا تســتطيع أي جهة أن تقوم بتعميد المتعاقد إلا الجهة صاحبة الصلاحية في ذلك حيث نصت عليها اللائحة في مادتها (٦/٥٨) عــلى أن «تصدر جميع الأوامــر الخاصة بزيادة أو تخفيــض التزامات المتعاقد والمدد المســتحقة عــن الأعمال الإضافية، وأوامر التغيير، مــن قبل صاحب الصلاحية في الترسية».

وبالتالي وفقاً لهذا النص فإن القرار بزيادة أو تخفيض التزامات المتعاقد يجب أن يصدر من قبل صاحب الصلاحية في الترسية، وإلا أصبح القرار غير نظامي لصدوره من غير مختص، وفي هذه الحالة على المتعاقد أن يرفض هذا القرار لأنه لغو لا وجود له من الناحية النظامية، وإن قــام بالتنفيذ فإنه لا يســتحق تعويضاً عن تلك الأعمال وهــو ما قضى به الديوان بأنه

---

(٥٤٩)- راجع د. عبد الله الوهيبي، مرجع سابق، ص٢٩٧.

«لا يستحق المقاول تعويضاً عن الأعمال الإضافية التي نفذها بناءً على أوامر الاستشاري إذا تضمن العقد نصوصاً صريحة تقضي بأن أي تغيير في العقد يترتب عليه زيادة في الأسعار فيجب أن يصدر التعديل من جهة الإدارة»[(٥٥٠)].

وقضى أيضاً بأنه «يجب أن يصدر التكليف من صاحب الصلاحية الذي وقع العقد ابتداءً أو من يفوضه في ذلك تفويضاً صحيحاً (لجنة تسليم الموقع للمقاول ليس لها صلاحية التكليف بالأعمال الإضافية وإذا قام المقاول بتنفيذ بعض هذه الأعمال بناءً على طلبها فإنه لا يستحق مقابلها) قرار هذه اللجنة بأن بعض الأعمال تعتبر أعمالاً إضافية يعد ملاحظة من اللجنة أو تعبيراً عن وجهة نظرها ولكنه لا يعد تكليفاً للمقاول بالأعمال الإضافية - طلب الجهة الإدارية من وزارة المالية الإذن بصرف قيمة هذه الأعمال لا يعد إجازة للعمل الإضافي – خاصة أن قيمة هذه الأعمال تخرج عن اختصاص جهة الإدارة المتعاقدة ولكنه تصرف تم نتيجة واقع فرضه المقاول بتنفيذ الأعمال وقد ردت وزارة المالية بعدم جواز الصرف»[(٥٥١)].

غير أنه يمكن، ولأن النص لم يشترط أن يكون التعميد كتابياً، فيمكن والحالة هذه إثباته بكافة وسائل الإثبات ما دام قد صدر من صاحب الصلاحية، وما لم تكن الأعمال الإضافية غير مشمولة بكميات وبنود العقد حيث نصت المادة (٥٩) من اللائحة على أنه «لا يجوز للمتعاقد تنفيذ أية أعمال أو خدمات غير مشمولة بكميات وبنود العقد، إلا بتعميد خطي بها. ولا يستحق المتعاقد قيمة الأعمال التي ينفذها بالمخالفة لذلك».

فإذا لم يكن هناك تعميد بالأعمال الإضافية فلا يستحق عنها مقابلاً وهو ما قضى به الديوان بأنه «وأما بالنسبة لمطالبة المدعي إلزام المدعى عليها بسداد مبلغ وقدره (...) مقابل أعمال مستحدثة قامت الوزارة المدعى عليها برفض المحاسبة عليها وهي أعمال تسوية وتوريد (...) وبما أن بعض هذه الأعمال وهي (...) لم يقدم المدعي ما يفيد تعميده بها، فضلاً عن أن هذه الأعمال لم تكن هناك ضرورة لقيام المدعي من تلقاء نفسه بها حتى يمكن القول بتعويض المدعي عن قيمتها»[(٥٥٢)].

---

(٥٥٠) حكم هيئة التدقيق رقم ٧٤٥/ت/١ لعام ١٤١١هـ مجموعة القضاء الإداري، مرجع سابق، ص١٢٦.

(٥٥١) حكم هيئة التدقيق رقم ٨٢/ت/١ لعام ١٤١٢هـ مجموعة القضاء الإداري، مرجع سابق، ص١٢٦.

(٥٥٢) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ١٣٣/د/إ/١ لعام ١٤٢٩هـ في القضية رقم ١/٢٧٨٩/ق لعام ١٤٢هـ المؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ٢١٢/إس/١ لعام ١٤٣٠هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٣٠هـ ج٥، ص٢٥٤٢.

وأيضـاً قضى الديوان بأنه «لا أثـر للتفرقة بين المقطوعية وجداول الكميات في مطالبات المدعيـة؛ لأنها تـدور حول التعويض عن الأعمال الإضافية والتراخي في صرف المسـتحقات، وتكاليف إعادة التصميم، وأعمال الحفظ والحماية واستطالة مدة التنفيذ. وحيث تلخصت إجابة المدعى عليها عن الأعمال الإضافية بأن تعديل العقد بالزيادة يتطلب الموافقة الخطية على ذلك والاتفاق على الزيادة بالسـعر، ولا يكفـي أن يأذن صاحب العمل بالتعديل، كما أجابت عن تأخر صرف المسـتحقات بأنه لم تثبت المدعية ما أصابها من أضرار. كما أجابت بأن المدعية ملزمة عقدياً بإعادة تصميم المخططات التعاقدية، وقد أخذت ذلك في الاعتبار عنـد تحديد سـعر العقد وأن إعادة التصميم لا يعتبر عمـلاً إضافياً. كما أجابت عن أعمال الحفظ والحماية والصيانة بـأن ذلك يدخل ضمن التزامات المدعية التعاقدية وفق اتفاقية حفظ المعدات الموقعة بتاريخ ١٤١٤/٨/١٢هـ. وعن اسـتطالة أمد التنفيذ ذكرت أن المدعية هي المتسـببة في ذلك لعدم كفاءتها لتطبيق رسـومات العقد بشـكل صحيح، وعدم كفاية التفاصيـل المقدمة عليها وعدم الالتـزام بملاحظات المهندس المشرف وكـثرة حالات إعادة تقديم الرسومات. وحيث إنه بدراسة وقائع الدعوى وملابستها وما قدم فيها من مستندات وبعـد الاطلاع على تقرير جهة الخبرة الذي ورد في مائـة وثمان صفحات، وما قام عليه من أسس فنية ودقة في الاستعراض لكل مطالبة على حدة، وبيان وجهة نظر طرفي النزاع وتحليل ذلك، وبيان مدى اسـتحقاق المدعية لتلك المطالبة، وتحديد قيمتها، ولم تخرج عن المسـار المرسـوم بقرار الندب وما تبعه من استفسارات وإجابات عليها من الدائرة، لذا فإن الدائرة تأخذ به وتجعله سندًا لحكمها. وحيث توصلت جهة الخبرة إلى أن بعض الأعمال التي قامت بهـا المدعية تعتبر أعمالاً إضافيـة، وانه قد تم الانتفاع بها، ولا يمكن من دونها الاسـتفادة من المشروع كغرف التفتيش التي بعد أن تم تنفيذها حسـب الشروط والمواصفات، ارتأت المدعى عليها رفع منسـوب المنطقة وترتب على ذلك تكسـير تلك الغرف ورفع منسـوبها. ومثلهـا زيادة قدرة المحولات الفرعية عما هو مشـار إليه في المواصفات التي لا يمكن دون تلك الزيادة تشـغيل المعدات، وكذا نظم التبريد ونحو ذلك... بعد المداولة حكمت الدائرة: بإلزام وزارة (...) أن تدفع لشركة (...) مبلغًا قدره (...)»[٥٥٣].

(٥٥٣) راجـع حكـم الدائرة الإدارية رقم ١٠٩/د/إ/٤ لعام ١٤٢٦هـ في القضيـة رقم ١/٥٤٥/ق لعام ١٤١٩هـ المؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم ١٤١/ت/١ لعام ١٤٢٧هـ مجموعة الأحكام والمبادئ لعام ١٤٢٧هـ ج ٥، ص٢١٨٩.

وأيضـاً ما قضى بــه في حكمه أنه «وحيث إن البنود لم يشـملها المسـتخلص النهائي في حكم الأعمال الإضافية التي تقتضيها ضرورة إكمال وإتمام عقد الأشـغال المبرم بين الطرفين لأن العقد ورد فيه صراحة أن جداول الكميات تقديرية وأن المحاسـبة تتم وفقاً للمقايسـة النهائيـة وحيـث ثبت قيام المقاول بهذه الأعمال بما نفذه من بنـود فإن الدائرة تنتهي إلى إلزام الجهة بصرف قيمتها للمقاول»[٥٥٤].

وقـضى الديـوان أيضاً بأنه «ولما كانـت المادة (٢٥) من اللائحـة التنفيذية لنظام تأمين مشـتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها الصادرة بقرار وزيـر المالية والاقتصاد الوطني رقم (...) تجيـز لـلإدارة أن تزيد أو تنقص التزامات التعاقد معها في حدود ٢٠٪ من قيمة العقد وقرار مجلس الوزراء رقم (...) بتحديد الزيادة بـ١٠٪ بدلاً من٢٠٪، وكانت المؤسسة المدعية ملمة بموجب هذا النص بالخضوع لأوامر المنطقة المتعلقة بزيادة الأعمال في حدود النسبة سالفة الذكر، فإن الوزارة تلتزم في مقابل ذلك بأداء قيمة الأعمال الإضافية، وإذا كان العقد مبرماً مـع الوزارة وكان المفروض على المنطقة الشرقية للاتصـالات التابعة لها ألا تجري أي تعديل فيه إلا بعد الحصول على موافقة الوزارة فإن تلك العلاقة الإدارية لا شأن للمؤسسة المدعيـة بهـا، فالمفروض أن تكـون الإدارة المتعاقدة قد اتبعت الإجـراءات اللازمة لإصدار أوامرها إلى المتعاقد بالإدارة المحددة في النظام قبل أن تصدر تلك الأوامر، ولا يستساغ بعد إصدارها التذرع في مقام التنصل من أداء قيمة ما ترتب على تلك الأوامر من أعمال إضافة إلى أن هــذه الإجراءات لم تتبع، لأن حقـوق المتعاقد والتزاماته تتحدد طبقاً لنصوص العقد وشروطه واللائحة، وتلك الحقوق لا تتأثر بعلاقة الإدارة المتعاقدة بأجهزتها والإجراءات الني يتعين على تلك الأجهزة مراعاتها عند إصدار الأوامر إلى المتعاقد بالأداة الإدارية المقررة، ولا وجه للقول بأن المتعاقد كان ملزماً برفض أوامر زيادة الأعمال الصادرة من المنطقة الشرقية إذ فضلاً عما في هذا القول من تعارض مع ضرورة دوام واسـتمرار المرفق العام، فإنه يؤدي إلى الإقرار للمتعاقد بسـلطة مراقبة مشروعية القرارات الصادرة إليه من الإدارة ليقبل منها ما يشـاء ويرفض ما لا يتفق مع مصالحه، فذلك أمر لا شـك سـيؤدي في النهاية إلى فوضى في تنفيـذ المشروعات العامـة لا يقبلها منطق أو نظام، وإذا كانت المؤسسـة المدعية تملك

---

(٥٥٤) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ١/٣/١١١ لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم ١/١/١٤٤١/ق لعام ١٤٢٨هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٣٢ لعام ١٤٣٥ هـ في قضية الاستئناف رقم ٥٥٠٩/ق لعام ١٤٣٣هـ (حكم غير منشور).

عند التقدم بعطائها تعديل جدول الكميات والأسـعار فإن تقدمها بعطائها دون تعديل في الجدول الذي طرحته الإدارة لم يكن يمنع الأخيرة بأي حال من زيادة الأعمال تطبيقاً للمادة (٢٥) من لائحة المشـتريات سـالفة الذكر، كما أنه لا يسع في ذات الوقت المؤسسة المدعية رفـض تنفيذ الأوامر الصادر إليها بزيادة الأعمال، وليس في التزام المؤسسـة بتحقيق نتيجة بموجب العقد ما يبرر إلزامها بتنفيذ الأعمال الإضافية دون مقابل، لأن النتيجة التي التزمت بها تتحدد في نطاق العقد وملحقاته وبالتالي فهي تستحق مقابلاً عن الأعمال الإضافية طالما لم تنسـب إليها الإدارة أي تقصير في تنفيذ الأعمال المسـندة إليها، والأعمال التي كلفت بها رسمياً سواءً كانت أصلية أم إضافية»[555].

ويبـدو من هـذا الحكم أن الديوان يحـدد أن الأصل أن يكون هنـاك تعميد وإلا فإن المتعاقد لا يستحق مقابلاً عن الأعمال الإضافية، ما لم تكن تلك الأعمال لازمة لتنفيذ العقد، فإنه في هذه الحالة لا يشـترط وجود تعميد بذلـك، وهو ما بينه الديوان صراحة في حكمه الذي قضى فيه بأنه «الثابت أن هذه الأعمال استلزمتها مقتضيات تنفيذ العقد على الطبيعة ... ومن ثم لا تحتاج في الأصل إلى تعميد خطي، يضاف إلى ذلك أن جهة الإدارة المختصة قد وافقت على هذه الأعمال بعد ذلك والإجازة اللاحقة كالإذن السابق»[556].

ولم يكن مسـتطاعاً تحديد اتجاه للديوان في هذا الشـأن فإنه يمكن القول من مجموع النصـوص وما تمليه طبيعة العقود الإدارية أنه لا يجوز للمقاول أن يقوم بأعمال إضافية إلا بتعميد ممن يملكه نظاماً وفي الشـكل المحدد له، وعلى المتعاقد أن يرفض تنفيذ الأعمال ما دامت لم ترد في صورتها النظامية، غير أن ظروف التنفيذ قد تسـتدعي أحياناً القيام بأعمال إضافية تقتضيها طبيعة تنفيذ العقود وليس منصوصاً عليها، فإنه في هذه الحالة وكما قضى الديوان لا تحتاج إلى تعميد خطي وهذه سلطة تقديرية للقاضي الإداري.

ونظراً لوجود هذه الأمور في العقود كان يجب مراعاة وضع ضوابط لهذه المسـائل دون وضـع شرط جامد كالذي ورد في اللائحة كأن يشـترط مثـلاً في مثل هذه الحالات أن يتقدم المتعاقد بطلب للجهة المختصة خلال مدة معينة، والرد عليه خلال مدة معينة وذلك حتى لا يتعطل التنفيذ انتظاراً للموافقات التي قد تأخذ وقتاً طويلاً قد يعوق التنفيذ.

(٥٥٥) راجع حكم هيئة التدقيق رقم ٢٥/ت/١ لعام ١٤٠٩ هـ (حكم غير منشور) راجع د. أيوب الجربوع، مرجع سابق، ص٩٣.

(٥٥٦) راجع حكم هيئة التدقيق رقم ٦٩٠/ت/١ لعام ١٤١٠هـ مجموعة القضاء الإداري، مرجع سابق، ص١٢٥.

وأخيراً فإن التعديل لا يفترض وإنما على الجهة الإدارية أن تفصح عن سلطتها فيه بقرار صريح، وإلا فإنه في هذه الحالة تلتزم بإتمام العقد وفيه قضى ديوان المظالم بأنه «لئن كان للجهة الإدارية تعديل العقد بإنقاص الكمية المتعاقد عليها أو زيادتها متى اقتضت ذلك حاجة المرفق، أو أن تنهي العقد إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة، فإن مناط ذلك أن تفصح الإدارة عن إرادتها في استعمال هذه الحقوق بقرار صريح، فإن هي لم تفصح عن ذلك التزمت بتنفيذ العقد، ووجب عليها تمكين التعاقد معها من تنفيذ التزاماته بتمامها وأن تيسر له هذا التنفيذ ولا تحرمه بفعلها من الحقوق الني يرتبها له العقد»(٥٥٧).

٣- أن يكون التعديل أثناء تنفيذ العقد، وهو ما أشار إليه النظام السعودي في لائحته بالنص على أنه "لا يجوز التكليف بأعمال إضافية بعد استلام الأعمال محل العقد"(٥٥٨) والعبرة هنا ليست بمدة العقد وإنما بالتسليم الفعلي للأعمال كما قررته اللائحة، وهو ما قد أشار إليه خطاب وزارة المالية رقم ٧٤١٤/١٧ وتاريخ ١٤٠٥/٤/٢٨هـ(٥٥٩).

واشتراط أن يكون التعديل أثناء تنفيذ العقد هو اشتراط منطقي ودقيق حيث بانتهاء تنفيذ الأعمال تنتهي الالتزامات المتعلقة بالتنفيذ وتتولد التزامات من نوع آخر وبالتالي لا يجوز الرجوع إلى التنفيذ مرة أخرى وهو ما نص عليه كذلك عقد الأشغال العامة في المادة (٤٣): "... ثانياً: يجوز لصاحب العمل- أثناء تنفيذ العقد- زيادة مقدار الأعمال بنسبة لا تتجاوز عشرة في المائة ١٠٪ من مجموع قيمة العقد مع توفر الاعتماد كما يجوز له إنقاص مقدار الأعمال بنسبة لا تتجاوز عشرين بالمائة ٢٠٪ من مجموع قيمة العقد على أن يجرى في هذه الحالة تعديل قيمة العقد بالزيادة أو الإنقاص تبعاً لذلك .

ثالثاً– علي المقاول ألا يجرى أي تغيير من التغييرات المشار إليها بدون أمر خطي صادر من المهندس.

٤- أن يكون التعديل متصلاً بموضوع العقد، وإلا كان إنشاءً جديداً وفي هذه الحالة يكون محظوراً، وعلى ذلك أوجبت المادة ١/٥٨ من اللائحة: "أن تكون الأعمال الإضافية محلاً

(٥٥٧) راجع د. أيوب الجربوع، مرجع سابق، ص٨٨.

(٥٥٨) راجع المادة ٥/٥٨ من اللائحة.

(٥٥٩) راجع د. عبد الله الوهيبي، مرجع سابق، ص٢٢٥.

للعقد وليست خارجة عن نطاقه" كما قررت اللائحة في الفقرة الثانية من المادة المذكورة «ألا يؤدي التعديل إلى الإخلال بالشروط والمواصفات، أو التغيير في طبيعة العقد».

ومحـــل العقد هو ما تم الاتفاق على تنفيذه وفقـــاً لشروط العقد، ففي عقد التوريد لا يجـــوز للإدارة أن تطلب نوعاً آخـــر مغايراً لما تم الاتفاق عليـــه، كأن تطلب توريد معدات ثقيلة بدلاً من توريد ســـيارات[٥٦٠]، باعتبـــار أن كلها مركبات، وذلك لأن طبيعة محل العقد مـــن الشروط والمواصفات والأســـعار مختلفة تماماً في كلا النوعـــين، مما يجعل المتعاقد أمام عقد جديد وليســـت أعمالاً إضافية، وبالتالي فإن الأعمال الإضافية يجب أن تكون من ذات نـــوع وشروط ومواصفات العقد، ففي هذا المثال يعد من باب الأعمال الإضافية زيادة عدد السيارات أو تخفيضها وهكذا يكون العمل في كافة العقود.

وهو ما قضى به الديوان في حكم حديث له بقوله: «ولما كان من المقرر في مجال العقود الإدارية حســـبما اســـتقر عليه قضاء الديوان أن الجهة الإداريـــة المتعاقدة تملك من جانبها وحدهـــا وبإرادتها المنفردة وعلى خـــلاف المألوف في عقود الأفراد فيـــما بينهم حق تعديل العقد أثناء تنفيذه، وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وصورة لم تكن معروفة أثنـــاء إبـــرام العقد فتزيد من الأعبـــاء الملقاة على عاتق المتعاقد معهـــا أو تنقصها، وتتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقص على خلاف ما ينص عليه العقد، وذلك كلـــما اقتضت حاجة المرفق لهذا التعديل من غير أن يحتج عليها بالقوة الملزمة للعقد، غير أن سلطة التعديل هذه ليست مطلقة من كل قيد بل ترد عليها قيود تقتضيها إرادة التوفيق بـــين المصلحة العامة والمصلحة الفردية للمتعاقدين معها، وفي مقدمة هذه القيود ما يتصل بالمقابل المالي الذي يحصل عيه المتعاقد مقابل تنفيذه للأعمال المنصوص عليها في العقد فلا تملـــك الإدارة بإرادتها المنفردة تخفيض ثمن هذه الأعمال، ومن هذه القيود ما يتصل بمقدار أو نطاق التعديل وما يترتب عليه من أعباء جديدة تقع على المتعاقد نتيجة لهذا التعديل، إذ يتعـــين أن تكون هذه الأعباء في الحـــدود الطبيعية والمعقولة من حيث نوعها وأهميتها، وفي نطـــاق موضوع العقد بحيث لا تتجاوز إمكانيات المتعاقـــد الفنية والمالية أو أن يكون من شـــأنها أن تقلب العقد رأساً على عقب بحيث يصبح المتعاقد وكانه أمام عقد جديد أو تغيـــير موضوع العقد أو محله، وحيث إنه بتطبيق هـــذه القواعد على القضية فإن الثابت

(٥٦٠) راجع د. عبد الله الوهيبي، مرجع سابق، ص٣٩٨.

أن البلدية عدلت في مواصفات المشروع ومخططاته وأضافت كميات من الأعمال وأنقصت كميـات أخرى،كـما ألغت كميات أخرى من الأعمال الأمر الـذي أدى إلى تغيير في موضوع العقد»(٥٦١).

هــذا وقد أشــارت اللائحة في المادة ٤/٥٨ إلى أنــه «إذا لم يكن للأعمال الإضافية بنود أو كميـات مماثلة في العقــد، يتم العرض على لجنة فحص العروض أو اللجنة المختصة بالشراء بحســب الأحوال، لدراســة التكليف بتلك الأعمال، ومناسبة الأســعار المقدمة من المتعاقد. فإن لم يوافق المتعاقد على ما تنتهي إليه اللجنة، يتم التعاقد على تنفيذها بواسطة مقاولين آخرين، وفقاً لأحكام النظام وهذه اللائحة».

٥- أن يهــدف التعديــل إلى تحقيــق مصلحة المرفق كما قررت المــادة ٢/٥٨. غير أنه تجدر الإشــارة إلى أن ذلك منوط بالإدارة ولا شــأن للمتعاقد إذا قام بتنفيذ ما تم تعميده به، حيث لا تستطيع الجهة أن تتنصل من الوفاء باستحقاقات الموظف بدعوى أن التعديلات لا تتفق مع مصلحة المرفق، حيث إن العدالة أن كل طرف يلتزم فقط بما هو مقرر عليه، فإذا قام بما التزم به فلا شأن له بما أخل به غيره.

٦- أن يتوافــر الاعتماد المالي المقرر لتنفيذ التعديل ولذلــك ألزمت اللائحة في مادتها ٣/٥٨ الإدارة أن تتأكــد من توافــر المبالغ اللازمة لتغطية قيمة الأعــمال الإضافية، قبل تعميد المتعاقد بها.

وذلــك لأن تنفيذ المقاول للأعمال الإضافية يســتحق معه المقابــل المالي لذلك، فإذا كان لــلإدارة حــق في تعديل العقد بما يزيد من التزامات المتعاقــد، فإنه في المقابل من حق هذا الأخــير أن يحصل على المقابل المالي لذلك وهي قاعدة متفق عليها وهو ما قضى به الديوان بالقول بأن «الدائرة وهي تمعن النظر في القضية وتتفحص طلبات أطرافها ودفوعهم لتوازن

(٥٦١) راجــع حكم الدائــرة الإدارية رقم ١٧/د/إ/٥ لعام ١٤٢٧هـ في القضية رقــم ١/١٠٩٨/ق لعام ١٤١٧هـ المؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم ٣٣٥/ت/١لعام ١٤٢٧هـ مجموعة الأحكام، مرجع سابق، ج ٥، ص٢٢٩٨.
وراجع أيضاً حكم ديوان المظالم رقم ٧٥/ت/١ وتاريخ ١٤١٣ هـ مجموعة القضاء الإداري، مرجع سابق، ص١٢١،١٢٠. الذي قرر فيه «تعديل شروط العقد من الحقوق المقررة لجهة الإدارة في جميع العقود الإدارية ولو لم ينص عليها في العقد وبشرط ألا تتجاوز التعديلات حداً معيناً من شــأنه قلب شروط العقد رأساً على عقب بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عقد جديد، وإلا التزمت بالتعويض عما يصيبه من أضرار».

كل ذلك تحت المظلة العامة للعقد الإداري الذي يتمتع بخصائص تميزه عن العقود المدنية الأخرى، وأهم هذه الخصائص أن الهدف منه المحافظة على سير المرفق العام وتقديم خدماته المتوخاة منه على نحو تغلب فيه المصلحة العامة ... كما أن من تلك الخصائص أن لجهة الإدارة سلطة لا تقف عند حد الإشراف على تنفيذ تلك العقود بل تتعداها إلى سلطة التغيير والتعديل في التزام المتعاقد، إلا أن ذلك لا يعني أن تمارس سلطتها وفقاً لمحض إرادتها بل يتعين عليها احترام كافة الشروط الواردة بالعقد، وأن أرادت إدخال تعديلات عليه فإن ذلك حق أصيل لها يقابله حق المتعاقد في الحصول على المقابل المالي»[٥٦٢].

وهذا الالتزام كسابقه متعلق بالإدارة ولا شأن للمتعاقد به إذ هو قام بما التزم به وهو ما قضى به ديوان المظالم بقوله: «فالعقد وفق الثابت في فقه القضاء الإداري ينعقد صحيحاً منتجاً لآثاره حتى ولو لم يكن ثمة اعتماد مالي للأعمال محل التعاقد، أو جاوزت الإدارة في حدود ذلك الاعتماد أو خالفت الغرض المقصود منه ... لكون تلك المخالفات لا تمس صحة العقد ولا نفاذه وحجيته وغايتها أنها مخالفات إدارية»[٥٦٣].

هذا ولا يجوز أن يكون التعديل واقعاً على المقابل المالي للعقد لأن الحقوق المالية من الشروط التي لا تقبل التعديل، وذلك لأن الأصل هو الالتزام بالشروط التي نص عليها العقد، فالعقد شريعة المتعاقدين، والاستثناء هو تعديل تلك الشروط في الحدود المسموح بها نظاماً، وهذا الاستثناء يجب أن يقدر بقدره، وقدره أنه قد أتى تقريراً لطبيعة العقود التي تبرمها الإدارة وارتباطها بالمرفق العام تحقيقاً للصالح العام، والحقوق المالية لا تتعلق بالمرفق العام لا تسييراً أو تشغيلا أو تنظيماً أو غيره مما يتعلق بالمرافق العامة فهي منبتة الصلة بهذه القاعدة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن منح الإدارة سلطة تعديل الحقوق المالية بالإرادة المنفردة من شأنه زعزعة الثقة في التعامل مع الإدارة بما يترتب عليه إحجام المتعاملين معها مما يؤثر سلباً على الصالح العام[٥٦٤]، ومن جهة ثالثة أن جميع التعديلات

(٥٦٢) راجع حكم الدائرة الإدارية رقم ٩٠/د/إ/١١/ق لعام ١٤٢٧هـ في القضية رقم ٢/٤٢٢٨/ق لعام ١٤٢٧هـ المؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم ١٦٣/ت/١ لعام ١٤٢٩هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٢٩هـ ج٥، ص٢٣١٠.

(٥٦٣) راجع حكم هيئة التدقيق رقم ٥٤٦/ت/١ وتاريخ ١٤٢٨/٨/٧هـ، في القضية رقم ٢/٤٨٣٩/ق لعام ١٤٢٧هـ حكم غير منشور.

(٥٦٤) راجع د. أيوب الجربوع، مرجع سابق، ص ٧٨، ود. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص٤٤٤ وما بعدها، ود. عبد الله الوهيبي، مرجع سابق، ص٣٩٧.

الممنوحة للجهات الحكومية والتي تقوم بها بإرادتها المنفردة لا تمس الحقوق المالية، ففي حالة زيادة التزامات المتعاقد فإنه يستحق مقابلاً لذلك، وفي حالة الانتقاص من التزاماته فإنها أيضاً لا تنتقص من حقوقه، لأنه ببساطة لم يقم بأداء الأعمال التي خفضت من قيمة العقد وبالتالي فإنه لا يستحق عنها مقابلاً فهو تخفيض مقابل تخفيض بما يعني توازناً بين الالتزامات وما يقابلها من حقوق.

وعدم جواز المساس بالحقوق المالية للمتعاقد بالشكل المشار إليه هي قاعدة مستقرة فقهاً [٥٦٥] وقضاءً حيث قضى ديوان المظالم بأن «ادعاء الإدارة من هذه الناحية لا يجوز معه التحلل من السعر أو المقابل الذي تحدد باتفاق الطرفين وانعقد العقد بينهما على أساسه، اعتباراً بأن ما حدده العقد من هذه الناحية يعتبر شريعة المتعاقدين، والقاعدة الشرعية أن المسلمين عند شروطهم، ولا يجوز للإدارة تبعاً لذلك أن تتحلل من شروط تعاقدها في هذا الخصوص وبالنظر كذلك إلى ما هو معلوم من أنه لا يتصور أن المتعاقد مع الإدارة يقبل معاونتها بالمجان في تسيير المرفق الذي أبرم العقد لسد حاجته أو بغير مقابل مجز له، بل الطبيعي أنه قدر طبقاً لتقديراته أنه سيظفر مقابل التزاماته العقدية بفائدة معينة وربح معلوم هو ذلك الذي قدره عند تحديد المقابل الذي يراه وافياً بتعويض التزاماته العقدية، ومن ثم لا يجوز للإدارة المتعاقدة معه إنقاص هذا المقابل بدعوى أنه قد أصبح مغالى فيه على حد ما ورد بدفاع المدعى عليها، ذلك أن هذا الإجراء من جانب الأخيرة ينطوي ولا ريب على مساس بحق مكتسب للمدعية رتبه العقد في جانب الإدارة المتعاقدة معها مقابل قيام المدعية بتنفيذ التزاماتها، ومن هنا كان من الأصول المقررة في تنفيذ العقود الإدارية أنه وإن كان لجهة الإدارة سلطة تعديل شروط عقودها بإرادتها المنفردة إلا أن تلك السلطة ليست على كل حال مطلقة، بل ترد عليها قيود منها أن جهة الإدارة لا تملك أن تمس بالتعديل المزايا المالية المتفق عليها في العقد والتي يتمتع بها المتعاقد معها، وعلى هذا المقتضى يغدو غير صحيح في مقتضى شروط العقد وأحكام النظام الادعاء بأن محاسبة المدعية على أساس اقتضاء نسبة ... تكاليف تنفيذ المشروع فيه إثراء للمدعية بدون سبب

(٥٦٥) راجع د. أيوب الجربوع، مرجع سابق، ص٧٨، ود. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص٤٤٤ وما بعدها، ود. عبد الله الوهيبي، مرجع سابق، ص٣٩٧، ود. محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص٢٦٠، ود. محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص٢١٥. ود. ماجد الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص١٦٩.

على المصلحة العامة، إذ فضلاً عما سلف بيانه، فإنه ليس من العدل في شيء ولا من المصلحة العامة، كما أنه ليس من حسن النية في تنفيذ العقود ولا مما يجب أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين أن تهدر الإدارة شروط تعاقدها التي ارتضت التعاقد على أساسها كلما عنت لها فرصة أو لاح لها أمل في التحلل منها بغية الحصول على مورد مالي، دون أن تكون هناك مصلحــة عامة أخــرى تقتضي تعديل شروط العقد لما ينطوي عليه الأمر من إهدار للثقة في معامــلات الإدارة، كما أنه يــؤدي في ذات الوقت إلى الإخلال بما يجب أن تتصف به العلاقة بين طرفي العقد الإداري من تعاضد وتســاند ومعاونة لتنفيذ العقد على أحســن وجه وبما ينبغــي أن يتوافر في طرفيه من أمانة وثقة واحترام بالعهد المقطوع ووفاء بالالتزامات التي يفرضها العقد وما ينطوي عليه هذا الإخلال من الإضرار بالمصلحة العامة نتيجة الإحجام عن التعاقد مع الإدارة بســبب عدم الثقة في تعهداتها، وعلى ذلك فإن ادعاء المدعى عليها على النحو الســالف بيانه لا يصلح في ذاته ســبباً مشروعاً للمساس بالحقوق المكتسبة للمدعية ولا ينطــوي عــلى رفع ضرر عن المصلحــة العامة بل يضر أبلغ الــضرر بتلك المصلحة، ومن ناحية أخرى فلا يجدي المدعى عليها نفعاً في هذا الخصوص الاحتكام إلى القاعدة العامة في تفسير العقود للتدليل على سلامة مسلكها، ذلك أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها بطرق تفسيرها والثابت أن عبارة العقد واضحة بما لا تحتاج معه إلى تفسير في هذا الخصوص»[٥٦٦].

وفي حكــم آخر قضى بأنه «وعن موضوع الدعوى فإن الدائرة بعد اســتعراضها لشروط العقد الــذي يحكم العلاقة التعاقدية بين الطرفين تنوه بأهميــة الوفاء بالعقود والشروط، ومما يدل على أهمية ذلك قول الله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ...الآية) وقول الرســول صلى الله عليه وسلم من حديث عمرو بن المزني: «المسلمون عند شروطهم» ومن القواعــد الشرعية المقررة في هذا الباب قاعدة: «مقاطع الحقوق عند الشروط» ومن الأمور المســتقرة في مجــال العقود الإدارية أهميــة حماية المقابل المالي في العقــد، حيث إن أهم حقوق المتعاقد مع الإدارة هو حصوله على المقابل المالي، ومن المســلم به أن الشروط التي تتعلــق بالمقابل المالي في العقد بصفة عامة هي شروط تعاقدية وتحدد بدقة وقت التعاقد،

---

(٥٦٦) راجع حكم هيئة التدقيق رقم ٩/ت/١ لعام ١٤٠٥هـ حكم غير منشــور راجع د. أيوب الجربوع، مرجع ســابق، ص٧٩، ٨٠.

ولا يســتطيع أحد طرفي العقد كأصل عام تعديلها إلا بموافقة الطرف الآخر، وسلطة الإدارة في التعديل لا تنصب إلا على الشروط المتعلقة بســير المرفق العام وليس من بينها تلك التي تحــدد المقابل المالي في العقد الإداري، فهذه الشروط المتعلقة بالمقابل المالي تتســم بطبيعة الاســتقرار وأصل ذلك أن التزامات كل طرف من أطراف العقد تتحدد وقت التعاقد، حيث يقــدر كل طــرف في هذا الوقت المقابل الذي يطلبه ويســعى إليه كناتج لما يقدمه للطرف الآخر ومحققاً للتوازن المالي للعقد»[٥٦٧].

وأخــيراً فإن البعض من الفقه يرى أن ســلطة التعديل ترتبط بالظروف والأســباب التي تســتجد بعد العقد حيث إن تلك الســلطة مرتبطــة بما تقتضيه حاجــة المرفق والتي من طبيعتهــا حدوث تغييرات أثناء التنفيذ ســواءً في محل العقــد أو ظروفه وطرق تنفيذه أو نوعيــة المســتفيدين[٥٦٨] وفي ذات الاتجاه يرى البعض من الفقــه أن الإدارة في هذه الحالة عليهــا أن تتحمل نتيجة خطئها في التقدير[٥٦٩]، ويضيف البعض مستشــهداً بحكم لمحكمة القضاء الإداري[٥٧٠]، والمحكمة الإدارية العليا[٥٧١] فيقول: «يشــترط لممارسة تلك السلطة أن تكون قد اســتجدت ظروف بعد إبرام العقد تبرر التعديل ولذلك نصت (اللائحة) في شــأن أوضــاع التعديل وإجراءاته على أنــه "يجب في جميع حالات تعديــل العقد ... وأن يصدر

---

(٥٦٧) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ٨٦/د/إ/٢١/ق لعام ١٤٢٩هـ في القضية رقم ٥/٧٤٤/ق لعام ١٤٢٧هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ١٨٧/إس/١ لعام ١٤٣٠هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٣٠هـ ج٥، ص٢٥٠٠.

(٥٦٨) راجع د. عبد الله الوهيبي، مرجع سابق، ص٣٩٩.

(٥٦٩) راجع د. ثروت بدوي، رسالته للدكتوراه باللغة الفرنسية، عمل الأمير، نقلا عن د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص٤١٤، ٤١٥.

(٥٧٠) راجــع محكمــة القضاء الإداري في القضية رقم ٧٤١ لســنة ٢١ق بجلســة ١٩٧٠/٣/٢٢، الســنة ٢٤ بنــد ٩١، ص٢٧٣، مشــار إليه لدى د. محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع ســابق، ص ٢٦١، وراجع حكمها في القضية رقم ١١٥٣٤ لسنة ٥٤ق بجلسة٢٠٠٨/١/٢٠ والذي يقضي في ذات الشأن بأنه «إن سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد أو في تعديل طريقة تنفيذه هــي الطابع الرئيسي لنظــام العقود الإدارية بل هي من أبرز الخصائص التي تميز العقــود الإدارية عن العقود المدنية، وإن من مقتضى هذه السلطة يحق لجهة الإدارة من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة وعلى خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة سلفاً وقت إبرام العقد، فتزيد من أعباء الطرف الأخر أو تنقصها بشرط أن تقتضى حاجة المرفق العام أو المصلحة العامة هذا التعديل بحيث يتحقق من وراء ذلك حسن سير وانتظام المرفق العام» مجموعة القاضي، مرجع سابق.

(٥٧١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٩٨٦ لســنة ٣٥ ق، بجلســة ١٩٩٢/١١/١٥، المجموعة، ١/٣٨، القاعدة ٩، ص١٢٠.

التعديل خلال فترة سريان العقد» أي أثناء تنفيذه وعلى نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، والاشـتراط منطقي إذ لو كان داعي التعديل ماثـلاً أمام المتعاقدين قبل إبرام العقد لضمن ما يرضيه ويستجيب له في اشتراطات والتزامات العقد الأصلي ذاته»[٥٧٢].

وبالرجوع إلى تفاصيل الأحكام الواردة فإنه لا يستنتج منها هذا الشرط فغاية ما يتناوله هـذا الحكم وهذا النـص من اللائحة هي اشـتراط أن يكون التعديل أثنـاء سريان العقد وهـذه لا خـلاف عليها ولا تتعلق بكون الظروف طرأت قبل إبـرام العقد أم بعده، وأما ما ذكرته محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا بالقول بأن «حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد فتزيد من أعباء الطرف الآخر، أو تنقصها بشرط أن تقتضي حاجة المرفق أو المصلحة العامة هذا التعديل... ذلك لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها يحكمها مبدأ حسن سير واستمرار المرافـق العامة وهى تفترض مقدماً حصول تغيير في ظروف وملابسـات العقد وملابسـاته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات حسن سير المرفق العام وانتظامه ...»[٥٧٣].

فهـذا الحكم يتناول الصـورة الغالبة للتعديل وفي ذات الوقـت لا ينفي أن تكون تلك التعديلات قد وجدت قبل إبرام العقد.

إن هذا الاشـتراط كـما يقول البعض من الفقـه وبحق يتنافى مع الأسـاس الذي تبنى عليه سـلطة الإدارة في التعديل، والتي لا ترتبط بكون مقتضيات التعديل طرأت قبل إبرام العقد أو بعده، وذلك لتوافر الأسـاس القانوني في الحالتين وهو ارتباط سلطة تعديل العقد بسـير المرفق العام، والمرفق العام يقبل التعديل والتغيير في أي وقت دون النظر إلى دواعي التعديل كانت سـابقة على إبرام العقد وذلك تحقيقـاً للصالح العام، وإن كان ذلك لا يمنع أن الإدارة قد أخطأت في تقديراتها فتقرير خطأ الإدارة شيء وسلطة التعديل شيء آخر[٥٧٤].

بالإضافة إلى ذلك فإن النصوص النظامية المنظمة لهذا الشـأن قد أتت مطلقة من ذلك القيد بما يقتضي إعمالها على إطلاقها.

---

(٥٧٢) راجع د. محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص٢٦٠،٢٦١.

(٥٧٣) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٩٨٦ لسنة ٣٥ ق الحكم المشار إليه.

(٥٧٤) راجع د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص٤١٤.

المبحث الثالث

سلطة توقيع الجزاءات:

الأصــل - وفقاً للمجرى الطبيعي للالتزامات العقديــة - أن يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد وفقــاً لشروطه وفي المواعيد المحــددة، غير أنه قد لا تجيء الأمور عــلى هذا النحو المأمول ويخــل المتعاقد بهذه الالتزامــات، ونظراً لطبيعة المصلحة العامة التــي تقوم عليها الإدارة والمســؤوليات التي تضطلــع بها والغايات التي ترمي إليها مــن وراء إبرام عقودها، فإنه لا يمكــن أن تقف مكتوفة الأيدي تجــاه هذا الإخلال، لذا فقد تمتعــت الإدارة بمجموعة من الصلاحيــات التي تحمل الطابع الجزائي الإداري تســتطيع تطبيقهــا دون اللجوء إلى القضاء وحتى دون النص عليها في العقد، فهي صلاحيات نابعة من طبيعة العقود الإدارية وما تقوم عليه من تحقيق الصالح العام.

وتتمثــل هذه الجــزاءات في مصادرة الضمان، وســحب العمل، وفســخ العقد وتوقيع الغرامات، وإنهاء العقد، وبيان ذلك كما يلي:

أولاً: مصادرة الضمان:

أ- الأحكام العامة لمصادرة الضمان:

تبدأ هذه السلطة كما عرضنا سابقاً من أن النظام في المادة (١١) منه نص على أن يقدم مع العرض ضمان ابتدائي يتراوح من (١٪) إلى (٢٪) (من واحد إلى اثنين في المائة) من قيمته وفقاً لشروط المنافســة، ثم أوجب في المادة (٣٣) على من تتم عليه الترسية أن يقدم ضماناً نهائياً بنســبة (٥٪) خمســة في المائة من قيمة العقد خلال عشرة أيام من تاريخ الترســية، ويجــوز تمديد هذه المــدة لفترة مماثلة، وإن تأخر عن ذلك فلا يعــاد له الضمان الابتدائي، ويتــم التفاوض مع العــرض الذي يليه وفقاً لأحكام هذا النظام، وبالتالي فإن الجهة الإدارية من سلطتها مصادرة الضمان الابتدائي حال عدم الالتزام بإكمال العملية التعاقدية.

والضمان النهائي كما تمت الإشــارة يقدم لضمان «الوفاء بمستحقات العقد عند تمامه في حال الإخلال بها فأصبح قاعدة مســتقرة لتوثيق العقود والتأكد من إبرام الصفقة والالتزام

بها والوفاء بشروطهـا»[٥٧٥] وعليه فإن مصادرة الضمان تكـون رهينة بالإخلال بالالتزامات التعاقدية وفقاً لما حدده النظام، وقد تناول النظام شأن مصادرة الضمان حيث نصت المادة (٩٩) منـه على أنـه «تقوم الجهة الحكومية بالحجز على مسـتحقات المتعاقد المسـحوبة منه الأعمال، وتمدد الضمان المقدم منه بحيث يظل سـاري المفعول حتى تتخذ قراراً نهائياً بمصادرته، وذلك لتغطية مطالباتها تجاه المتعاقد، لحين إجراء المحاسـبة النهائية على أعمال المشروع».

وجاءت اللائحة في المادة (٥٤) بتبيان العملية الإجرائية لمصادرة الضمان فنصت على أنه:

أ- على الجهة الحكومية في حالة توافر أسـباب (مصادرة الضمان البنكي للمتعاقد)، المحددة بموجـب النظـام وهذه اللائحـة وشروط التعاقد، العرض على لجنـة فحص العروض أو اللجنـة المختصة بالشراء بحسـب الأحوال، لدراسـة الحالة وتقديم توصية مسـببة إلى صاحـب الصلاحية في الترسـية، مع الأخذ في الاعتبار الآثار المترتبـة على المصادرة، ومدة سريان الضمان.

ب- يكـون طلب المصـادرة مقتصراً على الضمان الخاص بالعملية التـي أخل المتعاقد فيها بالتزاماتـه، ولا يمتد إلى مصادرة الضمانات الخاصة بالعمليات الأخرى، سـواءً لدى جهة واحدة أو عدة جهات، كما لا يجوز مصادرة الضمان لأسباب أخرى غير الأسباب التي قدم الضمان لأجلها .

ج- عند مصادرة الضمان الابتدائي في المنافسات المجزأة تقتصر المصادرة على جزء من قيمة الضمان، منسوبة إلى قيمة الأعمال التي تمت ترسيتها على المتعاقد.

د- إذا قـررت الجهة الحكومية مصـادرة الضمان، عليها أن تطلب من البنك مصدر الضمان مصادرته بشكل صريح بحيث تستخدم عبارة (مصادرة الضمان) .

ويوجـه طلب المصـادرة إلى البنك مباشرة، ويجب على البنك أن يسـتجيب إلى الطلب فوراً .

(٥٧٥) راجـع حكم الدائرة الإدارية رقم ٤٥/د/إ/١٥ لعام ١٤٢٧هـ في القضية ر قم ٣/٣٧١/ق لعام ١٤٢٦هـ المؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم ٤٩١/ت/١ لعام ١٤٢٧هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٢٧هـ ج ٥، ص٢٥١٣.

ب- خصائص مصادرة الضمان:

ولأن الضمانــات تقريرها ومصادرتها ســلطة من ســلطات الجهة الإداريــة فإنها تتميز بمجموعة من الخصائص وهي[٥٧٦]:

- مصــادرة الضمان بقرار من الجهــة المتعاقدة، ودون اللجوء للقضاء، وهو ما قررته المادة (٥٤/د) المشار إليها ويجري نصها "إذا قررت الجهة الحكومية مصادرة الضمان، عليها أن تطلب من البنك مصدر الضمان مصادرته بشكل صريح بحيث تستخدم عبارة (مصادرة الضمان).

- مصادرة الضمان ذات طبيعة جزائية لذا فإن توقيعها لا يرتبط بوجود الضرر، وإنما هو مرتبط بتوافر الحالات التي حددها النظام دون البحث هل رتب الإخلال بها ضرراً أم لا[٥٧٧].

إلا أنــه يمكن القول إنــه إذا كانت تلك الطبيعــة الجزائية خالصــة وكاملة في مصادرة الضمان الابتدائي، فإنها في مصادرة الضمان النهائي ليست دائماً خالصة، فهو يحمل في جانب آخر منه الطبيعة الائتمانية، ولذلك قضى ديوان المظالم بأنه «كما هو مقرر أن الضمان يقدم للوفاء بمســتحقات العقد عند تمامــه في حال الإخلال بها، فأصبح قاعدة مســتقرة لتوثيق العقــود والتأكد من إبرام الصفقــة والالتزام بها والوفاء بشروطهــا، والهدف منه هو إلزام المتعاقد بحســن تنفيذ العقد دون تأخر أو تخلف والحصول على الحد الأدنى من التعويض فيما لو أخل المتعاقد بالتزاماته الواردة في شروط العقد بحيث لو أهمل أو تقاعس أو عجز عن التنفيذ، فإذا ما اتجهت الإدارة إلى التنفيذ على حسابه كان لديها جزء من ذلك التعويض الذي ربما تستخدمه في تغطية الفرق بين قيمة العقد الأساسي والتنفيذ على الحساب»[٥٧٨].

وهو ما أشارت إليه اللائحة في المادة (٩٩) منها بأنه «تقوم الجهة الحكومية بالحجز على مســتحقات المتعاقد المســحوبة منه الأعمال، وتمدد الضمان المقدم منه بحيث يظل ساري المفعول حتى تتخذ قراراً نهائياً بمصادرته، وذلك لتغطية مطالباتها تجاه المتعاقد، لحين إجراء المحاسبة النهائية على أعمال المشروع».

---

(٥٧٦) راجع د. محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص٣١٨.

(٥٧٧) راجع د. محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية (كلية الحقوق جامعة عين شمس) مج٣٩، ع ١، ١٩٩٧، ص ٣٠/١٩٥.

(٥٧٨) راجــع حكم المحكمة الإدارية رقم ٢٧/د/إ/٨ لعــام ١٤٣٢هـ في القضية رقم ١/١/١٣٣٠/ق لعام ١٤٢٨هـ المؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ٤/١ لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم ٣٢٣٩/ق لعام ١٤٣١هـ (حكم غير منشور).

وأيضاً ما نص عليه عقد الأشــغال العامة في المادة (٥٤) منه والتي نصت على أنه «وإذا لم يكف الضمان النهائي لتغطية تلك الخسائر والأضرار فيجب على المقاول أن يدفع لصاحب العمــل بناءً على طلبه مقدار الفرق المترتب بذمــة المقاول، ويجوز لصاحب العمل في حال امتناع المقاول عن دفع هذا الفرق، رغم إخطاره كتابة أن يبيع تلك المواد والمعدات والآلات المحجوزة كما يجوز له اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لاستيفاء حقه قبل المقاول».

- إن توقيــع جزاء المصادرة لا يحتاج إلى نص عقدي يقرره، ما دامت قد توافرت حالاته المنصــوص عليها نظاماً، كما أن الجهة الحكوميــة تقوم بمصادرته عن طريق التنفيذ المباشر دون اللجوء إلى القضاء.

وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه «أما التأمين النهائي فلا يخرج هو الآخر عن أن يكــون ضمانــاً لجهة الإدارة يقيها الأخطاء التي قد تصدر مــن المتعاقد معها حين يباشر تنفيــذ العقد الإداري، كما يضمــن ملاءة المتعاقد معها عند مواجهة المســؤوليات التي قد يتعــرض لها من جراء إخلاله بتنفيذ أحــكام العقد الإداري، وعلى ذلك فلا يمكن تصور قيام هذا الضمان ما لم يكن للإدارة حق مصادرة التأمين، أي اقتضاء قيمته بطريق التنفيذ المباشر ودون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء في حالة عدم التنفيذ ســواءً نص أو لم ينص في الشروط على هذا الحق»[٥٧٩].

وقضت أيضاً بأنه «ومن حيث مؤدى هذا النص أنه في حالة صدور قرار من جهة الإدارة بفسخ العقد لإخلال المتعاقد بالتزاماته فإنه يكون من حقها مصادرة التأمين النهائي بإرادتها المنفردة ودون الالتجاء إلى القضاء باعتبار أن ذلك امتياز لجهة الإدارة لتعلق العقد الإداري بالمرفق العام الذي يستهدف تسييره تغليب وجه المصلحة العامة»[٥٨٠].

غير أنه تجدر إشــارة مهمة إلى أنه على الرغم من نص المادة (٥٤/أ) والتي يجري نصها عــلى الجهة الحكومية في حالة توافر أســباب (مصادرة الضمان البنــكي للمتعاقد) المحددة بموجــب النظام وهــذه اللائحة «مما يوحــي أن هناك حالات محــددة في النظام ولائحته

(٥٧٩) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا، الحكم في الطعن رقم ١٧٢ لسنة ٢٩ ق، بجلسة، ١٩٨٥/٢/٥، المجموعة، ١/٣٠، القاعدة رقم ٨٧، ص٥٥٩.

(٥٨٠) راجــع حكــم المحكمة الإدارية العليا، الحكم في الطعن رقم ٤٢٦٨ لســنة ٤٣ ق، بجلســة ٢٠٠١/٢/١٣، المجموعة ١/٤٦، القاعدة رقم ١٠١، ص٨٤٥.

لمصادرة الضمان، والحقيقة أنه لا يوجد أي نص نظامي يعالج أي حالة من حالات مصادرة الضمان ولا توجد إلا حالة واحدة نصت عليها المادة (٩٩) من اللائحة والمشار إليها والمتعلقة بســحب العمل مما يقتضي إعادة النظر في صياغة هذه المادة، ومن جهة أخرى يلزم النص على مصادرة الضمان النهائي في نصوص نظامية تحدد حالاته بشكل دقيق.

- لا يجوز للجهة الإدارية التنازل عن هذا الحق مقدماً لأنه وضع لمصلحة العملية العقدية التي تتعلق بالمرفق العام الذي يقتضي تغليب المصلحة العامة، والتنازل عنه مقدماً مجاف للمصلحة العامة التي تحيط بكافة الإجراءات والضوابط المتعلقة بالعقود[٥٨١].

- هذا الجزاء يحتاج إلى قرار صريح بإعماله ولا يتوقف الحال عند مجرد اقتراحات وتوصيات، وهــو ما نصت عليه المادة ٥٤/د من اللائحة بقولها: «إذا قررت الجهة الحكومية مصادرة الضمان، عليها أن تطلب من البنك مصدر الضمان مصادرته بشكل صريح بحيث تستخدم عبــارة (مصادرة الضمان). ويوجــه طلب المصادرة إلى البنك مباشرة، ويجب على البنك أن يستجيب إلى الطلب فوراً».

- توقيع هذا الجزاء غير مرتبط بإثبات الضرر وذلك باعتبار أن الضرر في الحالات التي تقضي مصادرتــه هو ضرر مفــترض، فهو مرتبط بالحالات التي حددهــا النظام دون البحث هل رتبت ضرراً أم لا.

- الضمان النهائي قد يمثل الحد الأدنى من التعويض الذي تســتحقه الجهة الإدارية لكنه يقيناً قد لا يمثل الحد الأقصى، وعليه فإنه إذا كان لا يجوز للمتعاقد أن يثبت أن الضرر الذي أصاب الجهة أقل من مبلغ الضمان، فإنه يحق للإدارة المطالبة بالتعويض إذا لم يكن الضمان كافياً لجبر الضرر، وعليه يجوز الجمع في هذه الحالة بين مصادرة الضمان والتعويض غير أنه في ذات الوقت لا يجوز للجهة الإدارية المطالبة بالتعويض إذا كان الضمان كافياً لجبر الأضرار العقديــة. وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليــا بأن «التأمين المودع لضمان تنفيذ العقد إنمــا يمثل الحد الأدنى للتعويــض الذي يحق للإدارة اقتضاؤه وبحيــث لا يقبل من المتعاقد المقصر أن يثبت أن الضرر يقل عن مبلغ التعويض إلا ألا يمثل يقيناً الحد الأقصى، فإذا كانت مصــادرة التأمــين قد جبرت الضرر كله فإنه لا محل للحكــم بالتعويض ما لم يتفق على غير

---

(٥٨١) راجع د. محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص٣٣١.

ذلــك، أما إذا كانت قيمة التأمين لا تفي وحدها بجــبر الضرر فإنه يتعين الحكم بالتعويض الكافي لجبره بالإضافة إلى التأمين، ومن ثم فإنه ينبغي في حساب التعويض المستحق مراعاة خصم التأمين منه»(٥٨٢).

- لا يجوز مصادرة الضمان إلا للإخلال بالالتزامات التعاقدية لذات العقد وهو ما نصت عليــه المادة(٥٤/ب) من اللائحــة بقولها: «ب-يكون طلب المصــادرة مقتصراً على الضمان الخــاص بالعملية التي أخل المتعاقد فيها بالتزاماته، ولا يمتد إلى مصادرة الضمانات الخاصة بالعمليات الأخرى، سواءً لدى جهة واحدة أو عدة جهات ..».

وهــو أيضاً ما نصت عليه المادة (٥٤/ثانياً) من عقد الأشــغال بقولها: «كما يجوز له أن يرجع على المقاول بجميع ما تكبده من خســائر أو أضرار من جراء ســحب العمل وإذا لم يكف الضمان النهائي لتغطية تلك الخســائر والأضرار فيجب على المقاول، أن يدفع لصاحب العمــل بناءً على طلبه مقدار الفرق المترتب بذمــة المقاول، ويجوز لصاحب العمل في حال امتناع المقاول عن دفع هذا الفرق، رغم إخطاره كتابة أن يبيع تلك المواد والمعدات والآلات المحجوزة كما يجوز له اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لاستيفاء حقه قبل المقاول».

ثانياً: سحب العمل:

تعريف سحب العمل والتحديد النظامي لحالاته:

تنفيــذاً لمقتضيات العقد فعلى المتعاقد أن يقــوم بتنفيذ العقد وفقاً لشروطه وفي الأوقات المحددة، غير أنه في بعض الأحيان قد يعجز المتعاقد لسبب أو لآخر عن تحقيق مقتضى العقد، أو ترى الإدارة أن استمراره في تنفيذ العقد قد يهدد المصلحة العامة في العملية التعاقدية، وفي هذه الحالة يكون لها فســخ العقد معه أو ســحب العمل منه وتنفيذه على حسابه وقد حدد النظام حالات معينة يجرى فيها فســخ العقد أو سحب العمل وتنفيذه على حساب المتعاقد، حيث نصت المادة (٥٣) من النظام على أنه «يجوز للجهة الحكومية سحب العمل من المتعاقد، ومن ثم فســخ العقد أو التنفيذ على حســابه مــع بقاء حق الجهة في الرجــوع على المتعاقد بالتعويض المستحق عما لحقها من ضرر بسبب ذلك في أي من الحالات التالية:

(٥٨٢) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا، الحكم في القضية رقم ٥٠٨ لسنة ٩ق، بجلسة، ١٩٦٧/١١/١٨، المجموعة،١/١٣ القاعدة رقم ١٥، ص٩٣.

أ - إذا ثبت أن المتعاقد قد شرع بنفســه أو بوســاطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر في رشوة أحد موظفي الجهات الخاضعة لأحكام هذا النظام أو حصل على العقد عن طريق الرشوة[٥٨٣].

ب - إذا تأخر عن البدء في العمل أو تباطأ في تنفيذه أو أخل بأي شرط من شروط العقد ولم يصلح أوضاعه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغه كتابة بتصحيح الوضع.

ج - إذا تنــازل عن العقد أو تعاقد لتنفيذه من الباطن دون إذن خطي مســبق من الجهة الحكومية.

د -إذا أفلس، أو طلب إشهار إفلاسه، أو ثبت إعساره، أو صدر أمر بوضعه تحت الحراسة، أو كان شركة وجرى حلها أو تصفيتها.

هـــ - إذا توفي المتعاقد وكانت مؤهلاته الشــخصية محل اعتبــار في التعاقد، ويجوز للجهة الحكومية الاستمرار في التعاقد مع الورثة إذا توافرت الضمانات الفنية أو المالية الكافية لدى الورثة.

وبالإضافــة إلى تلك الحــالات الواردة في المادة (٥٣) من النظام فقد أشــارت اللائحة في المــادة (٤٣) في الفقــرة أ على أنه «بعد تقديم الضمان النهائي تحــدد الجهة موعداً لتوقيع العقد، فإذا تأخر المتعاقد عن الموعد المحدد دون عذر مقبول، يتم إنذاره بخطاب مسجل، فإذا لم يحضر لتوقيع العقد خلال خمســة عشر يوماً من تاريخ إخطاره بالإنذار، يتم سحب العمل منه، وفقاً لأحكام المادة (الثالثة والخمسين) من النظام».

وقد أشــارت اللائحة إجرائياً فيما يخص عقد الأشــغال العامة وعقود التنفيذ المســتمر في المــادة (٤٦) في الفقــرة (أ)، و(ج) عــلى أنه «إذا تأخــر أو تباطأ أو امتنــع المتعاقد عن اســتلام موقع العمل في عقود الأشــغال العامة، يتم إنذاره بخطاب مســجل، فإذا لم يستلم

---

(٥٨٣) هذا ولم يشر النظام بشــكل صريح إلى الغش والتلاعب أو التحايل في الحصول على العقد أو أثناء تنفيذه كما نص على الرشــوة، وانه وان كان الغش والتلاعب والتحايل أثناء تنفيذ العقد يدخل تحت الإخلال بشروط تنفيذ العقد، فانــه يجب النص على ذلك كالرشــوة في حالات الحصول على العقد، تراجع المــادة (٢٤) من النظام المصري والتي نصت على أن «يفسخ العقد تلقائياً في الحالتين الآتيتين: إذا ثبت أن المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة أو في حصوله على العقد..».

الموقع خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطاره بالإنذار، تعد الجهة محضر تسليم حكمي للموقــع، ويبلغ به المتعاقد مع إنذاره للبدء في التنفيذ خلال خمســة عشر يوماً من تاريخ إخطــاره بذلــك، فإذا انقضت هذه المدة ولم يبدأ في العمل، جاز ســحب الأعمال منه، وفقاً لأحكام المادة (الثالثة والخمسين) من النظام».

وفي الفقرة(ج) إلى أنه "إذا تأخر المتعاقد عن استلام موقع العمل في عقود الخدمات ذات التنفيذ المســتمر يتم إنذاره بذلك فإذا لم يســتلم الموقع خلال خمســة عشر يوماً من تاريخ إشعاره بالإنذار تسحب الأعمال وفقاً لأحكام المادة (الثالثة والخمسين) من النظام.

ب- خصائص سحب العمل وتنفيذه على حساب المتعاقد[٥٨٤].

- إن هــذا الجزاء لا يمثل - رغم كونه وســيلة قهرية للتنفيــذ - عقوبة بالمعنى الدقيق تفرض على المتعاقد المقصر، وإنما تطبيقاً للقواعد العامة في وجوب تنفيذ الالتزام عيناً ولكن في إطار نظام قانوني يختلف في القانون العام عنه في القانون الخاص، لتعلق الأمر بمقتضيات سير المرافق العامة بانتظام واطراد[٥٨٥].

فالتنفيذ على حســاب المتعاقد ما هو إلا وسيلة لإرغام المتعاقد على تنفيذ العقد، وعلى ذلــك يظل المتعاقد الأصلي مســؤولاً أمام جهــة الإدارة ويتم تنفيذ العقد على مســؤوليته ولحسابه بحيث يتحمل جميع الآثار المالية الناتجة عن تنفيذ العقد"»[٥٨٦].

يرتبط سحب العمل بانعقاد العقد فإن لم يكن العقد قد انعقد - والذي يكون من تاريخ علم المتعاقد بقرار الترسية - أو انعقد وألغي فلا محل لسحب العمل وتنفيذه على حساب المتعاقــد، لذلك قضى الديوان بعدم مشروعية التنفيذ على حســاب المقاول مع عدم وجود عقــد فقضى بأن «إبــرام العقد بين المدعية وجهة الإدارة لتنفيذ المشروع الذي تم ترســيته عليهــا - قيــام المقاول قبل تنفيذ العقــد بالكتابة لجهة الإدارة بالاعتــذار عن تنفيذ العقد وطلب موافقة جهة الإدارة على إعفائه من التنفيذ وإخطاره بإلغاء التعميد السابق صدوره إليــه دون شرط يعنــي اتفاق الطرفين وتلاقــي إرادتيهما على إلغاء العقــد ومن ثم يكون

(٥٨٤)- راجع د. سامح عبد الله عبد الرحمن، مرجع سابق، ص٧٩ وما بعدها.

(٥٨٥)- راجع د. محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص٣٣٧.

(٥٨٦)- راجع د. محمود أبو السعود، مرجع سابق، ص٣٠/١٩٥.

المقــاول بمنأى عــن أي التزام يتولد عن العقد الملغي – قيام جهــة الإدارة بعد ذلك بتنفيذ العقد على حسابه لا يتفق وأحكام النظام – لا ينال من ذلك ما تستند إليه جهة الإدارة من أنــه لا يجوز الاعتداد بموافقتها لأنها صدرت دون اتخــاذ الإجراءات المنصوص عليها بالمادة (١٢) من نظام تأمين المشــتريات لأن هذه المادة تخاطــب جهات الإدارة وقيامها بالتعاقد بالمخالفة لها لا يصلح مبرراً للتنصل من التزاماتها العقدية»[٥٨٧].

- يصدر قرار ســحب العمل من الجهة الحكومية ودون اللجوء للقضاء كما نصت المادة (٥٣) المشــار إليهــا وتحديداً يكون كما بينت المــادة (٨٩) من اللائحة «بقــرار من الوزير المختــص أو رئيس الدائرة المســتقلة. بناءً على توصية من لجنــة فحص العروض، أو اللجنة المختصة بالشراء بحســب الأحوال، ويتم إخطار المتعاقد بذلك بخطاب مســجل». وفي هذه الحالــة تقوم الجهة الحكومية بمجموعة مــن الإجراءات فقد نصت المادة (٩٩) من اللائحة على أن «تقوم الجهة الحكومية بالحجز على مســتحقات المتعاقد المســحوبة منه الأعمال، وتمــدد الضمان المقدم منه بحيث يظل ســاري المفعول حتى تتخذ قــراراً نهائياً بمصادرته، وذلك لتغطية مطالباتها تجاه المتعاقد، لحين إجراء المحاســبة النهائية على أعمال المشروع». كما تقوم الجهة الحكومية وفقاً للمادة (١٠١) من اللائحة

أ- بتحرير محضر بالاشــتراك مع المتعاقد المســحوبة منه الأعمال أو ممثله، تثبت فيه حالة المشروع عند الســحب، وما يوجــد بالموقع من أدوات ومواد ومعــدات، وإن لم يحضر المتعاقد أو ممثله بعد إخطاره بذلك، فليس لــه حق الاعتراض على ما ورد بالمحضر.

ب- للجهة المتعاقدة الحق في حجز المواد والمعدات الموجودة في الموقع، وللمتعاقد المسحوبة منه الأعمال بعد تســوية حسابه وســداد المبالغ المترتبة عليه استرداد المعدات والآلات العائدة له.

ج- للجهة المتعاقدة الحق باســتخدام المواد والمعدات لاســتكمال تنفيذ الأعمال المسحوبة، بعد إثبات حالتها، وفقاً لما أشــير إليه في الفقــرة (أ) من هذه المادة، على أن يتم تقدير قيمة المواد، والأجرة المماثلة لاستخدام المعدات، وفقاً للأسعار السائدة».

---

(٥٨٧) راجــع حكم هيئة التدقيق رقم ١١٣/ت/١ لعام ١٤١٠هـ مجموعة القضاء الإداري، مرجع ســابق، ص١٤٨. وراجع أيضاً حكمها رقم ٥٥/ت/١ لعام ١٤١٣هـ ذات المجموعة، ص١٥٢.

- سلطة الجهة الإدارية في سحب العمل سلطة تقديرية فقد تصدرت المادة (٥٣) المشار إليها الحالات المنصوص عليها بالجواز فنصت على أنه «يجوز للجهة الحكومية سحب العمل من المتعاقد، ومن ثم فسخ العقد أو التنفيذ على حسابه مع بقاء حق الجهة في الرجوع على المتعاقد بالتعويض المستحق عما لحقها من ضرر بسبب ذلك في أي من الحالات التالية ...»

وهو توجه منطقي يقوم على ملاءمات المصلحة العامة التي تقدرها الجهة في كل حالة على حده حسب ما تمليه تلك المصلحة ومدى تأثرها باستخدام تلك السلطة سحباً وتنفيذاً على الحساب أو وفسخاً.

هذا وقد حددت اللائحة الطرق التي يمكن أن يجري بها تنفيذ العقد حال سحبه من المتعاقد فقررت المادة (١٠٠) منها أنه «إذا قررت الجهة تنفيذ العمل على حساب المتعاقد، يجب أن يكون التنفيذ وفقاً للشروط والمواصفات التي تم التعاقد بموجبها مع المتعاقد المسحوبة منه الأعمال.

وتنفذ الأعمال المسحوبة على حساب المتعاقد بإحدى الطرق التالية[٥٨٨]:

أ- الاتفاق مع صاحب العرض الثاني الذي يلي المتعاقد الأول لتنفيذ الأعمال بنفس الأسعار المتعاقد عليها، وفي حالة عدم موافقته يتم التفاوض مع أصحاب العروض الأخرى بالترتيب وهكذا. فإن لم يتم التوصل إلى الأسعار المتعاقد عليها، يتم التفاوض مع جميع المتقدمين بالترتيب، للتنفيذ بما لا يتجاوز الأسعار السائدة.

ب- إذا لم تتمكن الجهة من تنفيذ الأعمال وفقاً لما أشير إليه في الفقرة (أ) من هذه المادة، يتم تنفيذها بالشراء المباشر، إذا كانت قيمتها في حدود تلك الصلاحية، وبما لا يتجاوز الأسعار السائدة.

ج- إذا لم تتمكن الجهة من تنفيذ الأعمال وفقاً لما أشير إليه في الفقرتين (أ، ب) من هذه المادة، تطرح الأعمال المسحوبة في المنافسة العامة وفقاً لأحكام النظام وهذه اللائحة.

(٥٨٨) يوحي استخدام «إحدى الطرق التالية: أن الجهة مخيرة أن تختار من بينها الطريقة التي تراها مناسبة، أو أن كل طريقة تتساوى مع الطرق الأخرى وهذا غير صحيح، لأن الطرق الواردة في النص مرتبة بشكل معين ومحدودة بضوابط معينة قرين كل منها وبالتالي كان الأوفق أن تكون صياغة النص: «وتنفذ الأعمال المسحوبة على حساب المتعاقد وفقاً لما يلي:

د- إذا كانت الأعمال المسـحوبة من عقود المشتريات المسـتثناة من المنافسة العامة، تنفذ على حسـاب المتعاقد، وفقاً للأسـلوب المحدد لشرائها بموجب المادة (السابعة والأربعين) من النظام.

هـ- إذا لم تتجـاوز قيمة الأعمال المسـحوبة مئة ألف ريال، جاز للجهـة الحكومية تأمينها بالطريقة التي تراها مناسبة، بما لا يتجاوز الأسعار السائدة.

وعليه فإن قامت الجهات الحكومية بتطبيق تلك الشروط والأوضاع فإن قرارها بسحب العمـل يكون قد جرى وفق صحيح النظام، وفي ذلـك قضى ديوان المظالم بأنه ومن «حيث إن جميع العمليات التي تمت في تنفيذ العقد على حساب المدعية تتفق مع الأصول المقررة في قضاء العقود الإدارية وذلك حماية للصالح العام وتنظيماً لسـير المرفق باطراد، ولم يظهر للدائـرة خـلاف ذلك إذ لا يوجد عذر مقبول لامتناع المدعيـة عن تنفيذ العقد ولم تقدم ما يصلح سبباً لحلها من التزاماتها، وعندئذ فلا جناح على وزارة الإعلام حين قامت بإسناد تنفيذ العقد إلى المؤسسة التي تعاقدت معها على حساب المدعية»[٥٨٩].

وفي حكـم آخر قضى الديوان بأن «الدائرة تشـير بهذا الصـدد إلى وجود مخالفات على المدعية بشـأن التزاماتها التعاقدية ترتب عليه إنذارها من قبل المدعى عليها بعدة إنذارات إعمالاً للنظام وللعقد المبرم آخرها في (...) ثم سحبت العمل منها لعجزها عن تنفيذ العقد ونفـذت على حسـابها وفقاً لما تؤيده الأوراق المقدمة من الطرفين، وقرار السـحب تصرف سـليم وموافـق للنظام ولا ينال منه مـا دفعت به المدعية من أن مـدة الإنذار انتهت ولم يسـحب العمل إذ إن المدة المشـار إليها في النظام تدل على عدم جواز سـحب العمل قبل انتهاء المدة وجوازه بعدها»[٥٩٠].

غـير أن القضاء في الجانب الآخر يقضى بعدم نظامية سـحب العمـل إذ لم يكن موافقاً للنظام حيث قضى الديوان بأنه «لما كانت قرارات جهة الإدارة بفسـخ العقد أو سـحبه من

(٥٨٩) الدائرة الإدارية الحكم رقم ١٠٦/د/إ/١١ لعام ١٤٢٦هـ في القضية رقم ١/٣٤٦١/ق لعام ١٤٢٤هـ المؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم ٢٧٣/ت/١ لعام ١٤٢٧هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٢٧هـ ج ٥، ص٢٢٥٨.

(٥٩٠) راجـع حكـم المحكمة الإدارية رقـم ٢٠٧/د/إ/١٥ لعام ١٤٣١هـ في القضية رقـم ٣/٤٢٥/ق لعام ١٤٢٣هـ المؤيد من محكمة الاسـتئناف بالحكم رقم ٣٨٤/إس/٤ لعام ١٤٣٢هـ في قضية الاسـتئناف رقم ١٢٥٥/ق لعام ١٤٣٢هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٣٢هـ ج٤، ص١١٠٢.

المتعاقد من أخطر السلطات التي تملكها جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، فقد أحاط نظام تأمين مشتريات الحكومة ولائحته التنفيذية استعمال الإدارة لهذه السلطة بعدة ضمانات لحماية المتعاقد مع الإدارة من التجاوز في استعمال هذه السلطات، ومن ضمن هذه الضمانات وجوب أن تنذر المتعاقد معها قبل استعمال سلطتها بأن عليه إصلاح الخطأ خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطاره بالإنذار، ووجوب أن يكون الخطأ من الجسامة بحيث يحق لجهة الإدارة أن تستعمل سلطتها في فسخ العقد أو سحبه وتنفيذه على حساب المتعاقد .. ولما كان الثابت أن قرار الوزارة بفسخ العقد .. دون قيام الوزارة بإنذار المدعية ...مما تنتهي معه الدائرة إلى عدم أحقية الوزارة في الرجوع على المدعي بالتعويضات ومنها تنفيذ العقد على حساب المدعية ومصادرة الضمان»[٥٩١].

- التنفيذ على الحساب لا يترتب عليه إنهاء العلاقة التعاقدية ومن ثم يبقى المتعاقد مسؤولاً، يتحمل المتعاقد المسحوبة منه الأعمال في حالة تنفيذها على حسابه، وفقاً للمادة (١٠٢) من اللائحة كافة الفروقات الناتجة عن التنفيذ.

وهذا أمر منطقي يصاحب طبيعة سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد لأن هذا الأخير ليس عقوبة وإنما هو من مقتضيات التنفيذ العيني الذي يلتزم به المتعاقد وفقاً لشروط العقد، وعلى ذلك يجرى العمل نظاماً وفقهاً وقضاءً، وفي هذا الشأن قضى الديوان بأن "وحيث إن جميع العمليات التي تمت في تنفيذ العقد على حساب المدعية تتفق مع الأصول المعتبرة المقررة في قضاء العقود الإدارية؛ وذلك حماية للصالح العام، وتنظيماً لسير المرفق باطراد، ولم يظهر للدائرة خلاف ذلك، إذ لا يوجد عذر مقبول لامتناع المدعية عن تنفيذ العقد، ولم تقدم ما يصلح سبباً لحلها من التزاماتها، وعندئذ فلا جناح على وزارة الإعلام حين قامت بإسناد تنفيذ العقد إلى المؤسسة التي تعاقدت معها على حساب المدعية، وحيث الثابت أنه بعد سحب العقد من المدعية وتنفيذه على حسابها أن أشعرت وزارة الإعلام المدعية بذلك بخطابها رقم (...) في (...) مع مطالبتها بتسديد الفرق في التكلفة البالغة قيمته (٤٦٤٠٠) ستة وأربعون ألفاً وأربعمائة ريال، ولعدم استجابتها في تسديد ذلك الفرق تم التعميم على

(٥٩١) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ٤١/د/إ/٥ لعام ١٤٣٠هـ في القضية رقم ١/١٩٩٦/ق لعام ١٤٢٩هـ المؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ١٧٧/إس/٤ لعام ١٤٣٢هـ في قضية الاستئناف رقم ٦١٧٣/ق لعام ١٤٣٠هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٣٢هـ ج٤، ص١٢٨٥.

جميع الوزارات والمصالح والهيئات الحكومية برقم ... للتحفظ على المبلغ من أي مستحقات للمؤسسة المذكورة لدى تلك الجهات، وذلك استناداً إلى المادة (١٤) من نظام جباية أموال الدولة ... وحيث إن إجراءات مصادرة المبالغ المالية التي وجدت في حسابات المدعية تتفق مع القواعد الشرعية والنظامية في استيفاء الدين من صاحبه، خصوصاً عندما يتعلق الأمر بأموال الدولة؛ إذ هو أمر موضوع حماية لبيت مال المسلمين ومن أوضح تخريجاته في الفقه الإسلامي قاعدة (الظفر بالحق)، قال البغوي رحمه الله: «من له حق على غيره يمنعه إياه فظفر من ماله بشيء جاز له أن يقتص منه حقه» (شرح السنة (٢٥٠/٨))، وأصول هذه المسألة مبثوثة في كتب السنة والفقه، وعلى ضوء ما تقدم تنتهي الدائرة إلى أن دعوى المدعي حرية بالرفض، لعدم قيامها على سند من النظام أو الواقع، ولسلامة إجراءات المدعى عليها في مصادرة حقوقها من المدعي وسلامة ما قامت به من تنفيذ العقد على حساب المدعي»[٥٩٢].

وقضى أيضاً بأنه «وحيث إن الثابت إكمال مدة العقد من قبل المدعى عليها عن طريق مؤسسة أخرى بسعر أعلى، مما نتج عنه تحميل المدعي فرق السعر، فإن امتناع المدعى عليها من صرف مستخلصات المدعي المتبقية لديها امتناع صحيح لتسديد ما بذمته لها ... وبالتالي تنتهي الدائرة إلى رفض طلب المدعي تسليمه مستخلصاته عن تلك المدة»[٥٩٣].

غير أن هناك ضوابط لتحميل المتعاقد بفرق الأسعار حيث قضي ديوان المظالم بأن «حق جهة الإدارة في سحب المشروع وتنفيذه على حساب المقاول المقصر مقيد بأن يكون التنفيذ بذات الشروط والمواصفات التي تم على أساسها التعاقد مع المقاول الأصلي – فيما عدا السعر- إذا تجاوزت جهة الإدارة هذه الشروط والمواصفات أو أخطأت في تطبيق النظام فلا يتحمل المقاول المسحوب منه العمل نتيجة هذا التجاوز أو الخطأ – يجب على الدائرة المختصة التصدي لمدى نظامية الإجراءات التي اتبعتها جهة الإدارة في ذلك - حق جهة الإدارة في الاحتفاظ بالمعدات والضمان إلى حين تنفيذ العقد المشروع موقوت بميعاد تنفيذ العقد

(٥٩٢) راجع حكم الدائرة الإدارية رقم ١٠٦/د/إ/١١ لعام ١٤٢٦هـ في القضية رقم ١/٣٤٦١/ق لعام ١٤٢٤هـ المؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم ٢٧٣/ت/١ لعام ١٤٢٧هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٢٧هـ ج ٥، ص٢٢٥٨.

(٥٩٣) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ٢٠٧/د/إ/٢٢ لعام ١٤٣١هـ في القضية رقم ٥/٧٦٣/ق لعام ١٤٢٨هـ المؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ٤/٥١لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم ٣٦٣٤/ق لعام ١٤٣٢هـ (حكم غير منشور). وراجع أيضاً حكم المحكمة الإدارية رقم ٤٥/د/إ/٢٤ لعام ١٤٣٠هـ في القضية رقم ٦/٤٤٦/ق لعام ١٤٢٨هـ المؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ٢٢٣/إس/١ لعام ١٤٣١ هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٣١ هـ ج٥، ص ١٩٦٠.

الثاني – التأخير في تنفيذ هذا العقد بسبب خطأ المقاول الثاني أو جهة الإدارة لا يتحمل نتيجته المقاول المسحوب منه العمل ويتعين تصفية حقوقه وإعادة المعدات والضمان إليه»[٥٩٤].

وقضى أيضاً أن «كل الإجراءات التي تقوم بها جهة الإدارة لتنفيذ العقد الإداري ومنها سحب المشروع وتنفيذه على حساب المقاول وتحميله بفرق التنفيذ على الحساب تتم باعتبارها جهة متعاقدة وليس بوصفها سلطة عامة ... المغالاة في تنفيذ المشروع على حساب المقاول بأعلى من الأسعار السائدة أو طرح أعمال سبق تنفيذها لا يوجب حساب الفرق، وتحميله للمقاول الأصلي لعدم الاعتداد بالتنفيذ على الحساب وإعفاء المقاول من تبعاته»[٥٩٥].

وفي المقابل يقضي الديوان أنه في حالة تحقيق وفر بعد سحب العمل وتنفيذه على حساب المتعاقد يصبح أيضاً من حقه ذلك الوفر، بمعنى أنه لو كان تنفيذ العقد على المتعاقد بمبلغ معين وعند سحب العقد وتنفيذه على حساب المتعاقد تحقق وفر عند تنفيذ العقد كله أو جزء منه بمبلغ أقل من المتفق عليه، فيكون الفرق بين ما كان متفقاً عليه وبين ما تم تنفيذه من حق المتعاقد، كما لو كان الفرق بالزيادة بين ما تم التعاقد عليه وبين ما تم تنفيذه وهو أمر استقر عليه الديوان وفيه يقضي بأن «التنفيذ على الحساب يختلف عن الفسخ الذي تنتهي به العلاقة التعاقدية وتتم تسوية الحساب وفقاً لما تم من أعمال، أما التنفيذ على الحساب فإن جهة الإدارة تلجأ إليه في حالة عدم رغبتها في فسخ العقد فتسعى إلى إتمامه على حساب المتعاقد مع بقاء العلاقة التعاقدية ليظل مسؤولاً عن تكاليف التنفيذ فتحتفظ جهة الإدارة بمعداته وآلاته والمواد التي أحضرها لاستخدامها في إكمال المشروع، وتتولى بنفسها تنفيذ ما تبقى أو تسنده إلى مقاول آخر على حساب المقاول الأصلي، أي أنها نائبة عنه نيابة نظامية أوجبها النظام، ومن ثم تنصرف إلى المقاول آثار العمل ونتائجه، إن سلباً أو إيجاباً، وليس من العدالة أن يتحمل نتائج التصرفات بصفته أصيلاً في حالة الخسارة فقط، دون المكسب بل طالما أوجب النظام هذه النيابة، فإن جهة الإدارة تعمل لحساب المقاول، ويلتزم بآثار ونتائج تصرفاتها، وإذا ترتب على ذلك وفر فإنه يستحقه»[٥٩٦].

---

(٥٩٤) راجع حكم هيئة التدقيق رقم ٢/ت/١ لعام ١٤١٣هـ مجموعة القضاء الإداري مرجع سابق، ص١٥١.

(٥٩٥) راجع حكم هيئة التدقيق رقم ٢٥/ت/١ لعام ١٤١٣هـ مجموعة القضاء الإداري مرجع سابق، ص١٥٢.

(٥٩٦) راجع حكم ديوان المظالم رقم ١٤٩/ت/١لعام ١٤١٣هـ في القضية رقم ٥١١ /١/ق لعام ١٤١٢هـ حكم غير منشور، وراجع أيضاً الحكم رقم ٣٩/ت/١ بجلسة ١٤١٩/٢/٢٢هـ في القضية رقم ١/١/١٢٨٢/ق لعام ١٤١٥هـ حكم غير منشور.

وفي حكم آخر أكثر تفصيلاً قضى بأنه «أما عن موضوع الدعوى وهو طلب الحكم بصرف مبلغ الوفر عند تنفيذ المشروع محل الدعوى فإنه وفقاً للنصوص للقواعد والنصوص الشرعية يجب على من استؤجر لتنفيذ عمل معين أن يقوم بتنفيذ هذا العمل بنفسه فإن مرض أو عجز عن تنفيذه لأي سبب من الأسباب وكان العمل مما يمكن أن يقوم به غيره وجب عليه أن يقيم مقامه من يقوم بهذا العمل لأنه حق وواجب عليه في ذمته فوجب عليه الوفاء بنفسه أو بغيره، فإن امتنع ولم يقم بهذا ولا ذاك أقيم من يقوم بعمله جبراً عليه، والأجرة عليه أيضاً وقد قررت ذلك المادة (٢٩) من اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها التي وقع العقد - محل الدعوى أثناء سريانها - إذ نصت على أنه يجب على الجهة الإدارية والمقاول أو المتعهد تنفيذ العقد وفقاً لشروطه، فإذا لم يقم المتعاقد بذلك جاز لها بعد إنذاره بخطاب مسجل وانقضاء خمسة عشر يوماً دون تصحيح الأوضاع أن تنفذ العقد على حسابه، أو أن تفسخ العقد مع الرجوع عليه في الحالتين بالتعويضات. ومعنى ما تقدم أن للجهة الإدارية أن تسحب العمل من المقاول وتقوم نيابة عنه بتنفيذه على حسابه إذا لم يقم هو بتنفيذه، ولم يقم من ينوب عنه بالتنفيذ، ويستوي في ذلك أن تقوم الجهة صاحبة العمل بنفسها بالتنفيذ أو تتعاقد مع مقاول آخر يقوم بالتنفيذ على حساب المقاول الأول، وترجع على المقاول الأول بفرق التنفيذ إذا نفذت ما تبقى من أعمال العقد بقيمة أكبر مما بقي للمقاول الأول من القيمة، أما إذا نفذت الجهة الإدارية صاحبة العمل ما تبقى من أعمال ونفذته على حساب المقاول بقيمة أقل مما بقي له من قيمة عقده كما هو الحال في هذه الدعوى، فإن الدائرة ترى أنه يستحق ما بقي من قيمة عقده بعد تنفيذ الأعمال على حسابه، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: (إنما الخراج بالضمان) وحيث نصت القاعدة الشرعية على أن الغنم بالغرم.

وهي مستمدة من قول الرسول صلى الله عليه وسلم: (لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه) فالمتعاقد الأول له الخراج والغنم كما عليه الضمان والغرم، والربح له والخسارة عليه، ولأن عقده ما زال ساري المفعول بالنسبة له وسوف يتحمل مخاطر وتبعات التنفيذ على حسابه ومن ذلك الزيادة في قيمة التنفيذ على حسابه لو زادت تلك القيمة كما أنه في حال التساوي بين ما تبقى من قيمة عقده وقيمة ما نفذ على حسابه يصبح لا له ولا عليه، وحيث إن الوزارة قد ارتضت حين التعاقد مع الشركة

المدعية بتنفيذ العقد بتلك القيمة وقامت باستلام المشروع منتهياً ومتكاملاً فإنه يجب عليها أن تدفع للمقاول الأول تلك القيمة المتفق عليها بينها وبينه سواءً أكمل العقد بنفسه أم بغيره، أو نفذته الجهة على حسابه وذلك بعد حسم قيمة التنفيذ على حسابه، والوزارة لن تخسر شيئا في جميع الأحوال لأنها لن تدفع أكثر من قيمة العقد المتفق عليها، ولا تلتزم بأكثر من ذلك، وبالمقابل فإنه إذا كان لا يجوز تحميل الوزارة أية زيادة تترتب على التنفيذ على حساب المقاول الأول فكذلك لا يجوز أن تستفيد على حسابه خلافاً لما يقضي به العقد. ومما يؤيد استحقاق المدعية للوفر أنه في حالة تعاقد مقاول الباطن مع المقاول الأول المتعاقد مع جهة الإدارة بعد موافقتها لتنفيذ أعمال العقد أو بعضه بقيمة أقل من القيمة المحددة في العقد وقام مقاول الباطن بالتنفيذ مقابل فإن المقاول الأول يستحق ما زاد عن القيمة الأصلية للعقد على عقد مقاول الباطن، وهذا أمر سائغ وجائز شرعاً ومتعارف عليه في جميع الجهات الحكومية، ومن المعلوم أن التنفيذ على حساب المقاول الأول يختلف عن فسخ العقد الذي تنتهي به العلاقة التعاقدية، إذ تتم المحاسبة بين الطرفين وفقاً لما نفذه المقاول من أعمال وما أصاب أحد الطرفين من أضرار بسبب الآخر ثم يرجع المتعاقدان إلى ما كانا عليه قبل التعاقد، أما التنفيذ على حساب المتعاقد فإن العلاقة التعاقدية بين المقاول الأول والمنفذ على حسابه وبين جهة الإدارة صاحبة العمل تظل قائمة، ويظل المقاول مسؤولاً أمام الجهات الإدارية عن تكاليف التنفيذ على حسابه، والإدارة تعمل لحسابه نيابة عنه بموجب النظام والعقد، ويضاف إلى ذلك أن المقاول قد وضع في اعتباره حين التعاقد تنفيذه بكامله مقابل القيمة الإجمالية المتفق عليها، وقد يكون في الأسعار تحميل لبعض البنود على البعض الآخر فيكون الوفر في بعض البنود التي نفذتها الجهة الإدارية على حسابه مقابل خسارته في البنود التي قام بتنفيذها .. وقد استقر قضاء الديوان على الحكم بأحقية المقاول الأول بالوفر الناتج عن تنفيذ العقد على حسابه مما تنتهي معه الدائرة إلى أحقية المدعية بمبلغ الوفر المتبقي من تنفيذ المشروع محل الدعوى على حسابها»[٥٩٧].

(٥٩٧) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ٧٠/د/إ/٢ لعام ١٤٢٩هـ في القضية رقم ١/١٣٢٩/ق لعام ١٤٢٣هـ المؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ٢٧٣/إس/١ لعام ١٤٢٩هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٢٩هـ ج٥، ص٢٢٣٠. وراجع أيضاً حكم هيئة التدقيق رقم ١٤٩/ت/١ لعام ١٤١٣هـ مجموعة القضاء الإداري، مرجع سابق، ص١٥٥.

- في بعض حالات سحب العمل كما هو مبين قرين كل منها، يلزم إنذار المتعاقد قبل السحب، وهو إجراء جوهري، الإخلال به من قبل الجهة الإدارية يترتب عليه بطلان قرار السحب.

وأخيراً فقد أشارت المادة (١٠٣) من اللائحة على أنه «يجوز للجهة الحكومية أن تدير المشروع أو الأعمال المتعاقد على تنفيذها بنفسها، أو تسند ذلك إلى مكتب استشاري، إذا رأت أن ذلك يحقق مصلحة للمشروع أفضل من السحب»[٥٩٨].

هذا ويشمل تحميل المتعاقد بالفروق المالية الناتجة عن التنفيذ على حساب المتعاقد الأعمال الإضافية وذلك في الحالة التي تكون فيها الأعمال وفق النسبة النظامية وأن بنودها ضمن البنود الأساسية للعقد وفق ما تضمنه خطاب وزارة المالية رقم ١٠٩٣٩/٤ وتاريخ ١٤٠٥/٦/١٨هـ[٥٩٩]. وهو يتوافق مع المادة ٤/٥٨ من اللائحة في ضوابط التعديل.

ثالثاً: فسخ العقد بالإرادة المنفردة:

أ- حالات فسخ العقد:

وفقاً لنص المادة ٥٣ المشار اليها سابقاً وتحت تطبيق شروطها فإنه كما يمكن سحب العمل وتنفيذه على حساب المقاول فإنها يمكن أن تلجأ إلى فسخ العقد. وأعتقد أنه في كل الحالات التي ترى فيها تحقيقاً أفضل للمصلحة العامة باستمرار مسؤولية المتعاقد الأصلي يكون لها الأفضل سحب العمل وتنفيذه على حساب المقاول الأصلي، وعلى العكس إن هي رأت أن المصلحة العامة تستوجب فسخ العقد فيكون لها اللجوء إليه كما في حالة إفلاس المتعاقد أو إعساره فالأفضل في هذه الحالة فسخ العقد، على أي حال فالسلطة في هذا وذاك جوازية تستطيع الجهة الإدارية استخدامها وفقاً لما تراه محققاً للمصلحة العامة في ضوء طبيعة كل من الفسخ والتنفيذ على حساب المتعاقد.

(٥٩٨) نهاية المادة تشير بما يوحي أن حلول الإدارة محل المتعاقد أو إسناد المشروع إلى مكتب استشاري ليس سحباً، واعتقد أن ذلك أيضاً سحب للعمل من المتعاقد، كل ما هنالك أن الإدارة قد تختار هذه الطريقة للتنفيذ لأنها تراها أفضل لتحقيق المصلحة العامة، هذا والمادة من ناحية أخرى لم تحدد أي ضوابط أو إجراءات لهذه الطريقة أو مدى مسؤولية المتعاقد في هذه الحالة.

(٥٩٩)- راجع د. عبد الله الوهيبي، مرجع سابق، ص ٤٤٢.

والفسخ في الحالة الماثلة هو الفسخ الإداري كجزاء حال إخلال المتعاقد بالحالات المحددة قانوناً بخلاف الفسـخ الاتفاقي الذي يكون باتفاق طرفي العقد أو الفسـخ القضائي بناءً على طلب المتعاقد، أو الفسخ الجبري للقوة القاهرة.

ب- خصائص فسخ العقد:

يعني الفسخ إنهاء العلاقة التعاقدية بين المتعاقدين، وعليه حينما تقوم الجهة الإدارية - في الحالات المشار إليها في حالات سحب العمل - بخيار فسخ العقد فهذا يعني انتهاء العلاقة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد معها بخلاف التنفيذ على الحساب فهو كما قضى الديوان بأنه «ومن المعلوم أن التنفيذ على حسـاب المقاول الأول يختلف عن فسخ العقد الذي تنتهي به العلاقة التعاقدية، إذ تتم المحاسـبة بين الطرفين وفقاً لما نفذه المقاول من أعمال وما أصاب أحد الطرفين من أضرار بسـبب الآخر ثم يرجع المتعاقدان إلى ما كانا عليه قبل التعاقد، أما التنفيذ على حسـاب المتعاقد فإن العلاقة التعاقدية بين المقاول الأول والمنفذ على حسـابه وبين جهة الإدارة صاحبة العمل تظل قائمة ويظل المقاول مسؤولاً أمام الجهات الإدارية عن تكاليف التنفيذ على حسابه، والإدارة تعمل لحسابه نيابة عنه بموجب النظام والعقد[٦٠٠]».

وكما يختلف الفسـخ عن التنفيذ على الحساب، فإنه يختلف أيضاً عن الإنهاء للمصلحة العامة الذي تقوم به جهة الإدارة دون خطأ من المتعاقد كما سيأتي.

هذا وإن كان فسخ العقد يختلف عن التنفيذ على حساب المتعاقد إلا أنه يخضع لذات الضمانـات التي يخضع لها هذا الأخير وفقاً للنصـوص التي نظمتهما فهو كما يقضي ديوان المظالم: «فإنه لما كانت قرارات جهة الإدارة بفسخ العقد أو سحبه من المتعاقد معها، وتنفيذ العقد على حسـابه من أخطر السلطات التي تملكها جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، فقد أحاط نظام تأمين مشتريات الحكومة ولائحته التنفيذية استعمال الإدارة لهذه السلطة بعدة ضمانات لحماية المتعاقد مع الإدارة من التجاوز في اسـتعمال هذه السـلطات، ومن ضمن هذه الضمانات وجوب أن تنذر المتعاقد معها قبل استعمال سلطتها بأن عليه إصلاح الخطأ خلال خمسـة عشر يوماً مـن تاريخ إخطاره بالإنذار... ومن جانب آخر فإن فسـخ

(٦٠٠) راجع حكم المحكمة الإدارية الحكم رقم ٧٠/د/إ/٢ لعام ١٤٢٩هـ في القضية رقم ١/١/١٣٢٩/ق لعام ١٤٢٣هـ المؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ٢٧٣/إس/١ لعام ١٤٢٩هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٢٩هـ ج٥، ص٢٢٣٠.

العقـد لابد أن يكون نتيجة خطأ جسـيم مـن المتعاقد مع الإدارة باعتبار أن فسـخ العقد وإنهاء الرابطة العقدية من أشد السلطات التي تملكها جهة الإدارة في العقود الإدارية، وإذا انتفى الخطأ الجسيم فإن قرار الفسخ يكون معيباً»[٦٠١].

ويترتـب على صحة قرار الفسـخ مصادرة الضـمان النهائي وكذلك حصـول الإدارة على التعويضـات اللازمـة لجبر الـضرر نتيجة إخـلال المتعاقد معها غير أنها لا تسـتطيع فرض التعويض من تلقاء نفسها وإنما يلزم اللجوء إلى القضاء لتحديده.

وكما تمت الإشارة إلى أنه يمكن الجمع بين الفسخ ومصادرة الضمان واستحقاق التعويض وذلـك في حالة عدم كفاية مبلغ الضمان لجبر الأضرار الناتجة عن فسـخ العقد وذلك وفقاً لنص المادة(٥٣) من النظام والتي نصت على أنه «يجوز للجهة الحكومية سحب العمل من المتعاقد، ومن ثم فسـخ العقد أو التنفيذ على حسـابه مع بقاء حق الجهة في الرجوع على المتعاقد بالتعويض المستحق عما لحقها من ضرر بسبب ذلك ...».

رابعاً - توقيع الغرامات:

وفقـاً لتنوع العقود تتنوع الغرامات التي توقعهـا الجهة المتعاقدة على المتعاقد ما بين غرامة تأخير وتقصير وإشراف، وكذلك نسب تلك الغرامات، وبيان ذلك تفصيلاً كما يلي:

١- غرامة التأخير:

حفاظـاً عـلى المصلحة العامة التي تبنـى عليها العملية التعاقديـة وحتى لا تبقى العقـود قائمة إلى ما لا نهاية بما لا حد لها، فإن العقود حسـب طبيعتها تحدد لها مدة معينة يلتزم المتعاقد خلالها بتنفيذ العقد، فإن تجاوز هذه المدة فإنه يعد بشـكل عام قد أخل بتنفيذ العقد في مدته النظامية، وكحافز سلبي فقد وضع النظام هذه الغرامة عـلى المتعاقد حـال تأخيره عن الوفاء بتنفيذ العقد في المـدة المحددة، لارتباط العقود الإدارية بالصالح العام.

---

(٦٠١) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ٤١/د/إ/٥ لعام ١٤٣٠هـ في القضية رقم ١/١٩٩٦/ق لعام ١٤٢٩هـ المؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ١٧٧/إس/٤ لعام ١٤٣٢هـ في قضية الاستئناف رقم ٦١٧٣/ق لعام ١٤٣٠هـ (حكم غير منشور).

وفي سلطة الإدارة في الغرامة التأخيرية قضى ديوان المظالم بأنه «من المبادئ المستقرة فقهاً وقضاءً أن العقد ينتج التزامات متبادلة بين عاقديه سواءً كانت هذه الالتزامات من موجباتــه بالنظر إلى طبيعة العقد، أم كانت وفقاً للشروط الخاصة التي توافقت عليها إرادة المتعاقديــن، فيتعــين النظر عند الاختصاص إلى موجــب العقد وشروطه الخاصة لتحديد التزامات عاقديه قضاءً، ولما كان العقد الإداري - محل الدعوى - عقد أشــغال عامــة؛ فإن أجلى موجباته فقهاً ونظامــاً وقضاءً ما تتمتع به الإدارة في مواجهة المتعاقد من حقوق وســلطات عالية، باعتبار أن الإدارة تتغيا من إبرام عقودها جانب المصلحة العامة في تسيير المرفق العام بانتظام واطراد، ومن أهم الالتزامات المحققة لهذا احترام مدة تنفيذ العقد إذ هو التزام رئيس بالنســبة للإدارة والمتعاقد على حد ســواء، باعتبار أن تحديــد ميقات التنفيذ يفترض حاجة المرفق العام الذي أبرم من أجله العقد؛ فيلزم إنجــاز موضــوع العقد في هذه المدة المحــددة، إذ إن توقف أحد المرافــق العامة ولو لمدة قصيرة قد يســبب ارباكاً كبيراً ... ولما تملكه الإدارة من ســلطات واسعة بحسبانها القوامة على ســير المرافق العامة، فإنه يتشدد في الالتزام في جانب المقاول بحيث يتعين عليه الالتزام بالمدة المحددة للعقد، ولا يسوغ له الامتناع عن الوفاء بالتزاماته في المدة المقــررة بحجة تقصــير الإدارة في أحد التزاماتها تجاهه ما دام الوفاء ممكناً، وتأسيســاً على ما ســلف فإن المنظم أعطى للإدارة مكنة وسلطة اســتثنائية في اتخاذ العديد من الجــزاءات عند إخلال المتعاقد بــشيء من التزاماته، ومن ذلــك غرامة التأخير، إذ هي مقــررة ضماناً لتنفيذ هذه العقود في مواعيدها المتفق عليها، حرصاً على حســن ســير المرفق العام بانتظام واطراد..»[٦٠٢].

- **تعريف الغرامة التأخيرية:**

تعــددت التعريفات الفقهية حيث يرى البعــض أنها تعويض جزافي محدد في العقد ولا مصدر له ســوى نصوص العقد ذاته ولا يشــترط لتطبيقه إثبات الضرر[٦٠٣]، في حين يعرفها

---

(٦٠٢) راجــع حكــم المحكمــة الإدارية رقم ١٦/د/إ/١ لعــام ١٤٣٣هـ في القضيــة رقــم ١/٣٧٩٧/ق، المؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ٤/٣٠٥ لعام ١٤٣٣هـ في قضية الاستئناف رقم ٣٢٦٠/ق لعام ١٤٣٣هـ (حكم غير منشور).

(٦٠٣) راجع د. عبد المجيد فياض نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٥، ص ٦٨، وراجع د. أحمد عثمان عياد، مرجع سابق، ص٣٤٥.

البعـض الآخر بأنها عبـارة عن مبالغ محددة مقدمـاً في العقد كجـزاء توقعه الإدارة على المتعاقد معها في حال تأخيره في تنفيذ التزاماته أيا كان العقد الإداري[٦٠٤]، وفي ذات السياق عرفـت بأنها مبالـغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدماً وتنص عـلى توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين لا سيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ[٦٠٥].

وأيضاً عرفت بأنها «جزاء مالي توقعه الإدارة بحق المتعاقد معها لإخلاله بمدد التنفيذ»[٦٠٦].

وأعتقـد أن التعريـف الذي يتماشى مـع طبيعة هذه الغرامة أنها جزاء، فهي ليسـت تعويضاً جزافياً متفق عليه، وإلا لو كان ذلك كذلك لما جاز توقيعها إلا بنص في العقد، كما أنه أيضاً لو كانت كذلك لما جاز مطالبة المتعاقد بأي مبالغ أخرى مهما كان الضرر، كما أن اعتبارها تعويضاً يقتضي وإن لم يشترط إثباته أن يكون هناك ضرر حيث لا تعويض أياً كان جزافيـاً أم محـدداً إلا إذا كان هناك ضرر، والصحيح أنه قد لا يكون هناك ضرر فقد يكون التأخـير لصالح الإدارة ولذلك فـإن الطبيعة الجزائية لهذه الغرامـة وغيرها هي التكييف الأكثر صواباً.

وعليه فإن الغرامة التأخيرية في ضوء النظام السـعودي: هي جزاء مالي توقعه الإدارة في الحدود النظامية عند تأخير المتعاقد عن تنفيذ العقد في موعده المحدد.

ونظراً لاختلاف أنواع العقود فإن نسب الغرامة وكيفية توقيعها تختلف من عقد إلى آخر حيث نصت المادة (٤٨) من النظام المشـار إليها على أنه «إذا تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد عــن الموعد المحدد تفرض عليه غرامة تأخير لا تتجاوز (٦٪) سـتة في المائة من قيمة عقود التوريد، ولا تتجاوز (١٠٪) عشرة في المائة من قيمة العقود الأخرى».

وجـاءت اللائحة التنفيذية بتفصيل ذلك ففي عقد الأشـغال نصت المادة (٨٤) على أنه «إذا تأخـر المتعاقد في عقود الأشـغال العامة، عن إتمام العمل وتسـليمه كاملاً في المواعيد المحددة للتسـليم، تطبق عليه غرامة تأخير، تحتسـب على أساس متوسط التكلفة اليومية

---

(٦٠٤) راجع المستشار. حسن درويش، النظرية العامة في العقود الإدارية، ج٢، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، ١٩٥٨، ص٤٠.

(٦٠٥) راجع د. سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٤٩٠.

(٦٠٦) راجع د. على خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة، م٢٤، ع١، ٢٠٠٠ ص٧١.

للمشروع وذلك بقسمة قيمة العقد على مدته، وفقاً لما يلي[٦٠٧]:

أ- غرامة على الجزء الأول من مدة التأخير، بقدر ربع متوسط التكلفة اليومية عن كل يوم تأخير، حتى تبلغ أكثر المدتين (خمسة عشر يوماً أو ١٠٪ من مدة العقد).

ب- غرامة على الجزء الثاني من مدة التأخير بقدر نصف متوسط التكلفة اليومية عن كل يوم تأخير، حتى يبلغ الجزءان أكثر المدتين (ثلاثين يوماً أو نسبة ١٥٪ من مدة العقد).

ج- غرامة على الجزء الثالث من مدة التأخير بقدر كامل متوسط التكلفة اليومية عن كل يوم تأخير تال لأكثر المدتين المنصوص عليهما في الفقرة (ب) من هذه المادة.

---

(٦٠٧) جدير بالذكر أن هذه المادة مأخوذة نصاً -مع تغيير بسيط جداً -من البند ثانياً من المرسوم الملكي رقم م/٥٣ وتاريخ ١٣٩٣/١٢/٢٦هـ المعدل للمادة (١٠٧) لنظام المناقصات والمزايدات ويجري هذا النص المعدل على النحو التالي: «إذا تأخر المقاول عن إتمام العمل وتسليمه كاملاً في المواعيد المحددة ولم تر الجهة صاحبة المقاولة داعياً لسحب العمل منه توقع عليه غرامة عن المدة التي يتأخر فيها إكمال العمل بعد الميعاد المحدد للتسليم، إلى أن يتم الاستلام المؤقت ويكون توقيع الغرامة على المقاول وفقاً لما يأتي:

- تحتسب الغرامة على أساس متوسط التكلفة اليومية للمشروع وذلك بقسمة قيمة العقد على مدة العقد، ويتم فرضها وفق المراحل التالية:

أ- غرامة عن الجزء الأول من مدة التأخير، بقدر ربع متوسط التكلفة اليومية عن كل يوم تأخير، حتى تبلغ أكثر المدتين خمسة عشر يوماً أو نسبة خمسة في المائة من مدة العقد.

ب- غرامة عن الجزء الثاني من مدة التأخير بقدر نصف متوسط التكلفة اليومية عن كل يوم تأخير، حتى يبلغ الجزءان أكثر المدتين ثلاثين يوماً أو نسبة عشرة في المائة من مدة العقد.

ج- غرامة عن الجزء الثالث من مدة التأخير بقدر كامل متوسط التكلفة اليومية عن كل يوم تأخير تالٍ لأكثر المدتين المنصوص عليهما في الفقرة (ب) من هذه المادة، ولا يجوز أن يتجاوز مجموع الغرامات المفروضة نسبة عشرة في المائة من قيمة العقد، على أنه إذا رأت الجهة صاحبة المقاولة أن الجزء المتأخر لا يمنع الانتفاع بالعمل على الوجه الأكمل في المواعيد المحددة، ولا يسبب ارتباكاً في استعمال أي منفعة أخرى، ولا يؤثر تأثيراً سيئاً على ما تم من العمل نفسه، فلا يتجاوز مجموع الغرامة نسبة عشرة في المائة من قيمة الأعمال المتأخرة «في حين كان يجري نص المادة الأصلية (١٠٧) أنه «إذا تأخر المقاول عن إتمام العمل وتسليمه كاملاً في المواعيد المحددة ولم تر الجهة صاحبة المقاولة داعياً لسحب العمل منه، توقع عليه غرامة عن المدة التي يتأخر فيها إكمال العمل بعد الميعاد المحدد للتسليم إلى أن يتم الاستلام المؤقت دون حاجة إلى تنبيه للمقاول وبكون توقيع الغرامة على المقاول كما يلي:

١٪ عن الأسبوع الأول أو أي جزء منه.

١,٥٪ ما زاد عن أسبوع إلى أسبوعين.

٢٪ ما زاد عن أسبوعين إلى ثلاثة أسابيع.

٢,٥٪ ما زاد عن ثلاثة أسابيع إلى أربعة أسابيع.

٣٪ عن أي مدة تزيد عن أربعة أسابيع.

ولا يجوز أن يتجاوز مجموع الغرامات المحسومة نسبة ١٠٪ من قيمة العقد.

د-إذا رأت الجهــة الحكوميــة أن الجزء المتأخر لا يمنع مــن الانتفاع بالعمل على الوجه الأكمل في الميعاد المحدد لانتهائه، ولا يســبب ارتباكاً في استعمال أي منفعة أخرى، ولا يؤثر تأثيراً سلبياً على ما تم من العمل نفسه، فيقتصر حسم الغرامة على قيمة الأعمال المتأخرة، وفقاً لأسلوب احتســاب الغرامة على الأعمال الأصلية، على ألا يتجاوز إجمالي الغرامة نسبة ١٠٪ من قيمة الأعمال المتأخرة". وفي هذا الخصوص قضى ديوان المظالم بأن "تستحق غرامة التأخــير بواقع ١٠٪ من قيمة الأعــمال المتأخرة فقط طالما أقرت الجهــة الإدارية بأن هذه الأعمال لا تمنع من الاستفادة بالمشروع .."[٦٠٨].

وتوضيحاً لهذا النص فإن غرامة التأخير تفرض بنسب معينة وفقاً للمدة الزمنية للتأخير على ألا تتجاوز في النهاية ١٠٪ من قيمة العقد، وقد قسمت المدة الزمنية على ثلاثة أجزاء، الجــزء الأول يتحــدد بين (١٥ يوماً) أو (١٠٪) من مدة العقد أيهما أكثر، فإذا فرضنا أن مدة العقد (١٠٠ يوم) فإن الخمسة عشر يوماً في هذه الحالة ستكون هي الأكثر، والتي يحسب على أساســها الجزء الأول من الغرامة، ولو فرضنا أن قيمة العقد (٢٠٠ يوم) فإن الـ (١٠٪) ستكون هي الأكثر، وعلى أساسها يحسب الجزء الأول من الغرامة، والجزء الثاني يحسب أيضاً بذات الطريقة غير أنه يجب ملاحظة التداخل بين المدد وعلى المثال السابق فلو كانت مدة العقد ١٠٠ يوم وبلغ التأخير ثلاثون يوماً فستكون (١٥ يوماً) منها للجزء الأول و(١٥) الثانية للجــزء الثاني وهو ما تعنيه اللائحة بالقول: (إذا بلغ الجــزءان) هذا يعني أن الـ (١٥ يوماً) الأولى ســتمثل الجزء الأول والـ (١٥) الثانية ســتمثل الجزء الثاني ولبيان ذلك عملياً نظامياً وحسابياً نضرب مثالاً افتراضياً وبسيطاً هذا بيان أجزائه:

قيمة العقد (١٠٠٠٠٠٠) مليون ريال.

مدة تنفيذ العقد (١٠٠) مائة يوم.

مدة التأخير (٤٠) أربعون يوماً.

(٦٠٨) راجع حكم هيئة التدقيق بديوان المظالم رقم ٧٤٠/ت/١ وتاريخ ١٤١١هـ مجموعة القضاء الإداري، مرجع سابق، ص١٣٥.

ولبيان قيمة الغرامة نبدأ بحســاب متوسط التكلفة اليومية للمشروع = قيمة العقد ÷ مدته.

متوسط التكلفة اليومية للمشروع =   ١٠٠٠٠٠٠÷١٠٠=١٠٠٠٠.

ربع متوسط التكلفة =١٠٠٠٠÷٤=٢٥٠٠ ريال.

نصف متوسط التكلفة= ١٠٠٠٠÷٢= ٥٠٠٠ ريال

حســاب غرامة الجزء الأول = ربع متوسط التكلفة اليومية في مدة الغرامة (١٥ يوماً أو ١٠٪ أيهما أكثر) وفي هذا المثال فإن (١٥ يوماً) هي الأكثر لأن (١٠٪ من المائة يوم مدة العقد تساوي (١٠) أيام).

إذن حساب غرامة الجزء الأول = ٢٥٠٠×١٥= ٣٧٥٠٠ ريال.

حســاب غرامة الجزء الثاني= نصف متوسط التكلفة اليومية على مدة الغرامة (٣٠ يوم أو ١٥٪ ايهما أكثر) وفي هذا المثال فإن (٣٠) يوم هي الأكثر.

على أن يحســم منها ما تم حســابه في الجزء الأول وهي (١٥ يوماً) إذن الجزء الثاني هو (١٥) أيضاً وعليه يكون حسابها: ٥٠٠٠×١٥ = ٧٥٠٠٠ ريال.

حساب غرامة الجزء الثالث= كامل التكلفة عن كل يوم يزيد عن الثلاثين يوماً المحسوبة في الجزء الأول والثاني وهي في هذا المثال (١٠) أيام المتبقية.

وعليه يكون حساب غرامة الجزء الثالث = ١٠٠٠٠×١٠ = ١٠٠٠٠٠ ريال

إجمالي الغرامات عن الأجزاء الثلاثة= ٣٧٥٠٠+٧٥٠٠٠+١٠٠٠٠٠= ٢١٢٥٠٠ ألف ريال

وإذا كانت قيمة الغرامة لا تزيد نظاماً عن ١٠٪ من قيمة العقد فإن الغرامة المستحقة نظاماً = ١٠٠٠٠٠٠÷١٠= ١٠٠٠٠٠ ريال.

إذن الغرامــة المســتحقة نظاماً عــلى المتعاقد = ١٠٠٠٠٠ مائة ألــف ريال فقط مع أن القيمة الحسابية = ٢١٢٥٠٠مئتان واثنا عشر ألفاً وخمسمائة ريال.

وهذه الغرامة وفقاً لهذه العملية تغطي الجزء الأول والثاني، وتكون غرامة الجزء الثالث لا معنى لها، وسـوف تكون هذه الغرامة أقل أهمية أيضاً لو كانت مدة التنفيذ أقل، وأيضاً لـو زادت مـدة التأخير، وهكذا مما أعتقد أن هذه الغرامـة تحتاج إلى إعادة نظر وأن يزاد الحـد الأعـلى للغرامة ليكون على الأقـل ثلاثين في المائة من قيمة العقد، كما أرى تبسـيط النـص المتعلق بالغرامة ليكون بعيداً عن تعقيدات حسـاب الجـزء الأول والثاني .. وتكون صياغـة المـادة كصياغة المادة (١٠٧) مـن نظام المناقصات والمزايدات والتي تمت الإشـارة إليها آنفاً لتحسـب الغرامة بنسبة مئوية على الأسابيع[٦٠٩]، وكما هو الحال في عقود التوريد حيـث نصـت المادة (٧٧) من اللائحة على أنه " إذا تأخر المتعهد في عقود التوريد في تنفيذ التزاماته، تحسـم عليه غرامة قدرها ١٪ من قيمة ما تأخر في توريده عن كل أسـبوع، على ألا يتجاوز إجمالي الغرامة ٦٪ من القيمة الإجمالية للعقد» واسـتكمالاً لضوابط ذلك نصت المادة الثامنة والسبعون على أنه

«أ- إذا كان التعميـد بالتوريد فوريـاً دون تحديد مدة معينة، تطبق غرامة التأخير بعد مضي أسبوع من تاريخ التعميد.

ب- لا تحسم الغرامة عن مدد التأخير التي تقل عن أسبوع».

---

(٦٠٩) وراجع أيضاً اللائحة التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسـنة ١٩٩٨ لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨. حيث نصت على أنه «يلتزم المقاول بإنهاء الأعمال موضـوع التعاقد بحيث تكون صالحة تماماً للتسليم المؤقت في المواعيد المحددة، فإذا تأخر جاز للسلطة المختصة إذا اقتضت المصلحـة العامـة إعطاؤه مهلـة إضافية لإتمام التنفيذ عـلى أن توقع عليه غرامة تأخير اعتبـاراً مـن بداية هـذه المهلة وإلى أن يتـم التسـليم الابتدائي وذلك بواقع (١٪) عـن كـل أسـبوع أو جزء منه بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة (١٠٪) من قيمة العقد .وتحسـب الغرامة من قيمة ختامي العملية جميعها إذا رأت الجهة الإداريـة أن الجـزء المتأخر يمنع الانتفاع بما تـم مـن العمـل بطريق مباشر أو غـير مباشر على الوجه الأكمل في المواعيد المحددة، أما إذا رأت الجهة ان الجزء المتأخر لا يسـبب شـيئاً مـن ذلك فيكون حسـاب الغرامة بالنسـب والأوضاع السـابقة من قيمة الأعمال المتأخرة فقط .وتوقـع الغرامـة بمجرد حصـول التأخير دون حاجـة إلى تنبيه أو إنـذار أو اتخاذ أي إجراء آخر .ويعفى المتعاقد من الغرامـة بعد أخذ رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، إذا ثبت أن التأخير لأسـباب خارجة عن إرادته وللسـلطة المختصة – في غـير هذه الحالة - بعد أخـذ رأى الإدارة المشار إليها إعفاء المتعاقد مـن الغرامة إذا لم ينتج عن التأخير ضرر .ولا يخـل توقيع الغرامة بحـق الجهة الإدارية في الرجوع على المتعاقد بكامل التعويض المستحق عما أصابها من أضرار بسبب التأخير".

أما عدا ذلك من العقود والتي نصت عليها المواد ٧٩، ٨٠، ٨١ من اللائحة[٦١٠]، وغيرها من العقود، فإنها وإن كانت لا تزيد فيها غرامة التأخير عن ١٠ ٪ من القيمة الإجمالية للعقــد فــإن اللائحة لم تضع ضوابط محــددة كما فعلت في عقود الأشــغال والتوريد، وإنمــا تركت ذلك للعقد تحت ضوابط عامة حيث نصت المادة ٨٢ بقولها: "يجب على الجهات الحكومية عند تقدير الغرامات في العقود المشــار إليها في المواد (٧٩، ٨٠، ٨١) من هذه اللائحة، النص في شروط المنافسة وفي شروط العقد على أسلوب حسم الغرامة، بحيــث تغطي الغرامة كافة جوانب التقصير، أو التأخير في التنفيذ، وتتدرج في التطبيق مع تناســب الغرامة مع درجة المخالفة سـواءً كانت بمبلغ مقطوع، أو بنسبة محددة مــن قيمة البند المقصر في تنفيذه، أو بأســلوب آخر يتــلاءم مع طبيعة البند المقصر في تنفيذه".

هــذا وغرامــة التأخير يتحمل معها المتعاقــد تكاليف الإشراف خلال فــترة التأخير وقد حددت اللائحة ضوابط وحدود ذلك فقررت المادة (٨٨) منها أن "يتحمل المتعاقد تكاليف الإشراف عــلى المشروع خلال فترة التأخير، حســب تكاليف عقد الاستشــاري المشرف على التنفيذ[٦١١]، وإذا كان الإشراف يتم من قبل الجهة الحكومية نفسها، فإن

حساب تكاليف أتعاب الإشراف = قيمة عقد التنفيذ ×١÷١٠٠× مدة التأخير باليوم÷مدة العقد باليوم.

فــإذا كان أفراد الاستشــاري يشرفون عــلى أكثر من مشروع لدى الجهــة الحكومية في آن واحد يتم احتســاب أفراد الاستشــاري للمشروع المتأخر تنفيذه بقسمة الراتب الشهري

(٦١٠) - يجــري نــص هذه المواد كما يلي: تنص المادة ٧٩ على أنه «إذا تأخر الاستشــاري في عقود الإشراف في تأمين جهاز الإشراف، أو قــصر في تنفيذ التزاماته، تحســم عليه غرامة تقدر في العقد، عــلى ألا يتجاوز إجمالي الغرامة ١٠٪ من القيمة الإجمالية للعقد.» وتنص المادة ٨٠ على أنه «إذا تأخر أو قصر المتعاقد في عقود التصاميم وإعداد الدراسات ووضــع المواصفات والمخططات والأعمال الفنية وخدمات المحاســبين والمحامين والمستشــارين القانونيين في تنفيذ التزاماتــه، تحســم عليه غرامة تقدر في العقد، على ألا يتجاوز إجمالي الغرامــة ١٠٪ من القيمة الإجمالية للعقد.» وأخيراً فإن المادة ٨١ تنص على أنه «إذا قصر المتعاقد في عقود الخدمات ذات التنفيذ المســتمر، كالصيانة والنظافة والتشــغيل وتقديم خدمات الإعاشة وعقود النقل، وفي عقود التصنيع، في تنفيذ التزاماته، تحسم عليه غرامة تقدر في العقد، على ألا يتجاوز إجمالي الغرامة ١٠٪ من القيمة الإجمالية للعقد».

(٦١١) نصــت المــادة ٩١ من اللائحة على أنه « إذا انتهت مدة العقد الأصليــة ولم ينته المتعاقد من التنفيذ، فعلى الجهة الحكوميــة إعــادة النظر في عدد أفراد الاستشــاري المشرف عــلى التنفيذ، والاتفاق معه على حجــم وتكلفة جهاز الإشراف، بما يتفق مع المرحلة التي وصل إليها المشروع، ومع كمية ونوع الأعمال المتبقية.

للموظف أو الموظفين × قيمة المشروع ÷ إجمالي قيمة المشاريع التي يشرف عليها الاستشاري التي لم يتم استلامها، ثم يحسب بعد ذلك تكاليف الإشراف حسب مدة التأخير[٦١٢].

ويلزم التنويه إلى أن تحمل المتعاقد لغرامة الإشراف لا يكون إلا في حالة التأخير، أما أثناء تنفيذ العقد فهو التزام على جهة الإدارة لأنه يمثل أحد الواجبات الرئيسية التي يتعين عليها القيام بها عند مباشرتها تنفيذ الأعمال والأغراض المسندة إليها.

وتجدر الإشارة أيضاً إلى أنه إذا كانت العقود مختلطة فقد نصت المادة (٨٥) من اللائحة على أنه «إذا قصر أو تأخر المتعاقد في العقود المختلطة، في تنفيذ التزاماته، تطبق الغرامة على كل جزء حسب طبيعته، وبما لا يتجاوز الحد الأعلى لنسبة الغرامة المقررة بموجب النظام. بشرط أن تكون أجزاء العقد منفصلة عن بعضها البعض، من حيث مدة التنفيذ، والتسليم، والقيمة الإجمالية».

وأخيراً فإن مدة العقد تشمل المدة الإضافية التي تمنح للمقاول تحت أي سبب نظامي لأن امتداد العقد من العقد، ولذلك لا يمكن توقيع الغرامة التأخيرية إلا بعد انتهاء المدة الإضافية للعقد[٦١٣] كما أرى أن يؤخذ في الاعتبار أيضاً المدة حال إنقاص قيمة العقد.

خصائص الغرامة التأخيرية:

- الغرامة التأخيرية توقعها الجهة الحكومية دون اللجوء للقضاء وهو المنصوص عليه نظاماً وهو ما قضى به ديوان المظالم بقوله: «ولما تقرر سلفاً من حق الإدارة في توقيع غرامة التأخير عند تحقق شروط فرضها دون انتظار حكم قضائي..»[٦١٤].

---

(٦١٢) راجع المادة ٨٨، ٨٩ من اللائحة.

(٦١٣) راجع د. عبد الله الوهيبي، مرجع سابق، ص٤١٦. وقد أشار سعادته إلى تعميم وزارة المالية رقم ١٥٤/١٢/ت وتاريخ ١٤١٠/١٠/١١هـ وذلك بعد دراسة الموضوع من قبل هيئة الخبراء بمجلس الوزراء رقم ١٠٠ وتاريخ ١٤١٠/٧/١هـ.

(٦١٤) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ١٢٠/د/إ/٣ لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم ١/٣٧٩٦/ق لعام ١٤٣٠هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٨٦٨ لعام ١٤٣٣هـ في قضية الاستئناف رقم ٥٨٤٥/ق لعام ١٤٣٣هـ (حكم غير منشور) وراجع أيضاً راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ١٢٢/د/إ/١ لعام ١٤٣٤هـ في القضية رقم ١/٦٤٧٢/ق لعام ١٤٣٣هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٧٥ لعام ١٤٣٥هـ في قضية الاستئناف رقم ٥٩٩٧/ق لعام ١٤٣٤هـ (حكم غير منشور).

وأيضـاً قضى الديوان بـأن «..تلك الظروف مع غيرها يجب ألا تسـقط وتغل حق جهة الإدارة في سـلب تطبيق غرامة التأخـير والإشراف، إذ إنها فرضت لتنفيذ العقود في المواعيد المتفق عليها حرصاً على حسـن سـير المرافق العامة، ولذا فإن تلـك الغرامات توقعها جهة الإدارة من تلقاء نفسها..»[٦١٥].

- الغرامـة التأخيريـة ذات طبيعة جزائية لإخلال المتعاقد بشرط تسـليم محل العقد في الموعد المتفق عليه وفي هذا يقضي ديوان المظالم بأنه «ولما كان العقد الإداري محل الدعوى عقد أشـغال عامـة، فإن أجلى موجباته فقهاً ونظاماً وقضاءً مـا تتمتع به الإدارة في مواجهة المتعاقد من حقوق وسلطات عالية؛ باعتبار أن الإدارة تتغيا من إبرام عقودها جانب المصلحة العامة في تسيير المرفق العام بانتظام واطراد، ومن أهم الالتزامات المحققة لهذا الاحترام مدة تنفيذ العقد، إذ هو التزام رئيس بالنسـبة للإدارة والمتعاقد على حد سواء، باعتبار أن تحديد ميقـات التنفيذ يفترض حاجة المرفق العام الـذي أبرم من أجله العقد؛ فيلزم إنجاز موضوع العقـد في هـذه المدة المحددة .. إلا أنه ولما تملكه الإدارة من سـلطات واسـعة بحسـبانها القوامة على حسـن سـير المرافق العامة؛ فإنه يتشـدد في جانب المقاول بحيث يتعين عليه الالتزام بالمدة المحددة للعقد، ولا يسـوغ لـه الامتناع عن الوفاء بالتزاماته في المدة المحددة بحجة تقصير الإدارة في أحد التزاماتها تجاهه ما دام الوفاء ممكناً، وتأسيسـاً على ما سـلف فإن المنظم أعطى للإدارة مكنة وسـلطة استثنائية في اتخاذ العديد من الجزاءات عند إخلال المتعاقـد بشيء مـن التزاماته ومن ذلك غرامـة التأخير، إذ هي مقررة ضمانـاً لتنفيذ هذه العقود في مواعيدها المتفق عليها، حرصاً على حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد»[٦١٦].

- الغرامـة التأخيرية تتسـم بالتلقائية فهي توقع تلقائياً بمجـرد حدوث التأخير ولا يثار بشـأنها وجود الضرر من عدمه، فهي ترتبط بالتأخير عن تسـليم محـل العقد في المواعيد المحددة وإن كان ذلك لا يعني توقيعها دون صدور قرار بذلك من الجهة المعنية.

---

(٦١٥) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ٣/١/١٧٠ لعام ١٤٣٢هـ في القضية رقم ٣/٣/٣٢٤/ق لعام ١٤٣٢هـ المؤيد من محكمة الاسـتئناف بالحكم رقم ٤/٤٧١ لعام ١٤٣٣هـ في قضية الاستئناف رقم ٥٠٥٢/ق لعام ١٤٣٢هـ (حكم غير منشور).

(٦١٦) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ١٢٠/د/إ/٣ لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم ١/٣٧٩٦/ق لعام ١٤٣٠هـ المؤيد من محكمة الاسـتئناف بالحكم رقم ٤/٨٦٨ لعام ١٤٣٣هـ في قضية الاسـتئناف رقم ٥٨٤٥/ق لعام ١٧٤٣٣هـ (حكم غير منشور).

وعليــه إذا لم تكن هناك مواعيد محــددة للوفاء بالالتزامات التعاقدية فلا يمكن تطبيق غرامــة التأخير، حيث لا تعرف هــذه الأخيرة إلا حال تجاوز المدة المحــددة لتنفيذ العقد. وذلك وإن كان منطقياً دون حاجة إلى النص عليه إلا أن المادة (٤٨) من النظام قد أشــارت إلى ذلــك حيــث نصت على أنه «إذا تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد عن الموعد المحدد تفرض عليه غرامة تأخير لا تتجاوز (٦٪) ســتة في المائة من قيمة عقود التوريد، ولا تتجاوز (١٠٪) عشرة في المائة من قيمة العقود الأخرى».

وفي هــذا قضى الديوان بأنه «ومِمــا أن المادة ٣٧ من اللائحة التنفيذية تنص على أنه «في عقود الأشغال العامة إذا تأخر المقاول، عن إتمام العمل وتسليمه كاملاً في المواعيد المحددة ولم تر الجهة الإدارية داعياً لســحب العمل منه يلتــزم بغرامة المدة التي يتأخر فيها إكمال العمل بعد الميعاد المحدد للتسليم»[٦١٧]، ومقتضى ذلك أن المقاول لا يستحق تطبيق غرامة بحقه إلا عند تأخره عن تســليم العمل في المواعيد المحددة في العقد، أما إذا لم يكن هنالك مواعيد محددة في العقد فلا يستحق أي غرامة»[٦١٨].

وعــلى ذلك فإن تأخير المتعاقد عن تســليم الأعمال في الوقت المتفق عليه يجعله تحت ســلطان الإدارة بتطبيق الغرامة التأخيرية في حقه، وهنا ســيبدو تســاؤلان؛ الأول متى تبدأ الفترة الزمنية التي يحسب منها بداية التنفيذ؟ والثاني ما مدى سلطة الإدارة في عدم تطبيق الغرامــة التأخيرية حال توافــر دواعيها؟ ولنترك الديوان يجيب عن هذين الســؤالين حيث قضى في الأول بأن «ميعاد تنفيذ المشروع هو الميعاد الواقع بين تسلم موقع العمل وتسليم الأعمال، ويتعين أن يكون تســليم الموقع فعلياً، وذلك بتوافر أمرين، أولهما: صلاحيته لبدء التنفيــذ بخلوه من الموانع المادية والنظامية التي تعوق البدء في التنفيذ، وثانيهما أن تكون الأعمال قابلة للتنفيذ، إذ تبين للمدعية بعد استلام الموقع ودراسة المخططات وجود أخطاء

(٦١٧) المــادة ٣٧ المذكــورة هي مــن اللائحة الصادرة طبقــاً للنظام القديم الصادر بالمرســوم الملكي رقــم م/١٤ وتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ ويقابلها المادة ٨٤ من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية الحالية والتي يجري نصها «إذا تأخر المتعاقد في عقود الأشــغال العامة، عن إتمام العمل وتســليمه كاملاً في المواعيد المحددة للتســليم، تطبق عليه غرامة تأخير، تحتسب على أساس متوسط التكلفة اليومية للمشروع».

(٦١٨) راجــع حكم ديوان المظالم رقم ٣٥٢ / إس /١ بجلســة ١٤٢٩/٧/٢٤هـ في القضيــة رقم ١/٣٩٧١/ق لعام ١٤٢٦هـ (حكم غير منشــور) (تجب ملاحظة أن الحكم رغم صدوره في ظل نظام المنافســات الحالي إلا أنه اســتند إلى نظام تأمين المشتريات ولائحته اعتماداً على أن العقد قد أبرم في ظله راجع ص٥ من الحكم).

فنيــة فقامت بإخطار الوزارة وقدمت تصميــمات صحيحة وافقت عليها جهة الإدارة، ومن ثــم لم يكن في إمكانها البدء بالعمل إلا بعد أن تتلقــى الموافقة على التصميمات الجديدة. احتســاب مدة التنفيذ بدءاً من هذا التاريخ، وعدم جواز توقيع غرامة التأخير عن أية مدة من المدد المشار إليها"[٦١٩].

ونظــراً لارتباط تطبيق هــذه الغرامة بعدم التنفيذ في المواعيــد المحددة، فإنه لا يمكن تطبيق غرامة التأخير إذا لم يتســلم العمل، كما في حالة عدم دفع التأمين النهائي ففي هذه الحالة توقع عليه جزاءات أخرى كمصادرة الضمان وهو ما قضت به المحكمة الإدارية العليا بأن «غرامة التأخير التي تطالب بها المحافظة لا حق لها في المطالبة بها ... لأن توقيع الغرامة بالتطبيق لهذه المواد لا يكون إلا بالنســبة للمتعاقد المتراخي في تنفيذ العمل، وفي تســليمه في الميعــاد المحــدد، وطبيعي أن هذا الميعاد لا ينتهي إلا إذا بدأ ... وهو لا يبدأ إلا بعد قيام المتعاقد بأداء التأمين النهائي»[٦٢٠].

وأخيراً فهل يمكن تطبيق الغرامة التأخيرية عند ســحب العمل؟ قضت المحكمة الإدارية العليــا بأنه «يشــترط لتوقيع الغرامة طبقاً لحكــم المادة (٩٢) من اللائحة بالنســبة لعقد المقاولة أن يتأخر المقاول عن إتمام العمل وتســليمه في الميعاد المحدد لذلك في العقد، وقد تخلــف هذا الشرط في المنازعة المعروضة بســحب العمل من المدعــي قبل أن يحل ميعاد انتهاء المرحلة الأولى من العملية»[٦٢١].

غــير أنها قضت في حكم آخر بــأن "وكانت الإدارة قد رأت بموجب ســلطتها التقديرية توقيــع غرامة تأخير على المدعى عليه الذي امتنع كلياً عن الوفاء بأي من التزاماته العقدية مــع الإدارة، لذلــك فإن مطالبتها بمبلغ (...) قيمة غرامة التأخــير عن الصفقة كلها بصنفيها تكون في محلها ومطابقة للقانون..»

ويرى بعض الفقه بعد أن ساق الحكمين المشار إليهما أن قضاء المحكمة في ١٩٧٢/١٢/٢٣ كان هو الأصوب تجاوباً واتســاقاً مع طبيعة ومناط جزاء غرامة التأخير فهو وكما يدل عليه

(٦١٩) راجع حكم هيئة التدقيق رقم ٧٧١/ت/١لعام ١٤١١هـ مجموعة القضاء الإداري، مرجع سابق، ص١٣٦.

(٦٢٠) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٨٥٨ لسنة ١٠ ق بجلسة ١٩٦٨/١/٦، المجموعة ١/١٣، ص

(٦٢١) راجــع حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم ١١٦٣ لســنة ١٤ ق، بجلســة ١٩٧٢/١٢/٢٣، المجموعة ١/١٨، القاعدة رقم ١٧، ص٢٩.

تسميتها ذاتها مقرر لتجاوز المدة المحددة لتنفيذ العقد دون تمام التنفيذ»[٦٢٢].

ويرى البعض أنه إذا سحب المشروع من المتعاقد بعد انتهاء مدة العقد يتم حسم غرامة تأخير عن الفترة التالية لانتهاء مدة العقد حتى تاريخ السحب، وهذا ما نصت عليه اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات[٦٢٣]. أما إذا كان السحب قبل نهاية مدة العقد فإنه لا يخضع للغرامة وهو ما أكده تعميم وزارة المالية رقم ٤١/١٧ وتاريخ ١٤١٤/٣/٢٨هـ وهذا ما يتفق وأحكام ديوان المظالم الصادرة في هذا الشأن ومنها الأحكام ذات الأرقام ٧١٢/ت/١ لعام١٤١١هـ ١١/ت/١لعام١٤١٣هـ ٨٢/ت/١لعام١٤١٣هـ[٦٢٤].

أعتقد أنه إذا كان لا يختلف أحد على أن التأخير هو المؤشر الجوهري لتوقيع غرامة التأخير، فإنه تطبيقاً لذلك يمكن أن يكون سحب العمل من المتعاقد مدعاة لتطبيق الغرامة التأخيرية في حالة تعدي المدة النظامية من المتعاقد الذي حل محله لإتمام العقد، باعتبار أن التنفيذ على حساب المتعاقد لا يفسخ العقد وإنما يبقى العقد قائماً، على المتعاقد غرمه وله غنمه وبذلك تبقى مسؤوليته عن العقد قائمة، ومن مسؤولياته العقدية أن يتم التنفيذ في الوقت المحدد وعليه فإنه يمكن بهذا التطبيق للقواعد النظامية والقضائية باعتبار السحب لا يقطع العلاقة التعاقدية أن يتحمل المتعاقد غرامة التأخير.

وبهذا قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه "مواد (٢٦)، (٢٨)، (٢٩) من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٩ لسنة ١٩٨٣، المادة (٨٢) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون الصادرة بموجب قرار وزير المالية رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨٣ سحب العمل من المقاول المقصر وسيلة الإدارة في التنفيذ العيني للعقد الإداري. الالتجاء إلى التنفيذ على الحساب لا يتضمن إنهاء العقد بالنسبة للمتعاقد معها بل يظل هذا المتعاقد مسؤولاً أمام الجهة الإدارية عن التنفيذ ويتم العمل لحسابه وتحت مسؤوليته المالية ويتحمل الزيادة في التكاليف كتعويض للإدارة عن الأضرار التي أصابتها في هذا الخصوص. فضلاً عن حقها في توقيع غرامة التأخير والحصول على ما تكبدته من مصاريف إدارية وأية أضرار قد تصيبها

---

(٦٢٢) راجع د. محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص٣٠٣.

(٦٢٣) المقصود هو المادة ٨٦ من اللائحة والتي نصت على أنه «في حالة سحب المشروع من المتعاقد بعد انتهاء مدة العقد، يتم حسم غرامة تأخير على الفترة التالية لانتهاء مدة العقد حتى تاريخ السحب».

(٦٢٤) راجع د. عبد الله الوهيبي، مرجع سابق، ص٤١٧.

مــن جراء ذلك ولها في ســبيل اقتضاء مســتحقاتها الحق في مصــادرة التأمين والحجز على مســتحقاته لديها أو لدى أية جهة إدارية أخرى، حق الجهة الإدارية في سحب العمل ينشأ من مجرد تباطؤ المتعاقد معها في التنفيذ أو إخلاله بنصوص العقد ولها الحق في اســتعماله في الوقــت الذي يتراءى لها فيه. مؤدى ذلك، لا يجــوز إجبارها على الانتظار إلى حين انتهاء مدة العقد حتى تستعمل هذا الحق ما دام يبين لها أن المقاول غير جاد في تنفيذ التزاماته، أو توقف عن التنفيذ، القول بغير ذلك يعطل سير المرفق العام»[٦٢٥].

- تطبيق الغرامة التأخيرية من النظام العام بحيث لا يجوز الاتفاق مســبقاً على الإعفاء منهــا كما لا يجوز الاتفاق على مخالفة أحكامها وهــو ما يتفق مع النصوص النظامية التي تناولت الموضوع فانها لا تعطي ســلطة تقديرية للإدارة تجاه ذلك حيث نصت المادة (٤٨) عــلى أنه "إذا تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد عــن الموعد المحدد تفرض عليه غرامة تأخير لا تتجاوز (٦٪) ســتة في المائة من قيمة عقود التوريــد، ولا تتجاوز (١٠٪) عشرة في المائة من قيمة العقود الأخرى».

فقد عبر النص باللفظ «تفرض» وهو ما يجعل سلطة الإدارة تجاه ذلك مقيدة، ما دامت قــد تحققــت شروط تطبيق الغرامة، ولم يتوافر أي من حالات الإعفاء منها وهو ما قضى به الديــوان بقوله «..غرامة التأخير هي من النظام العــام الذي لا يجوز الاتفاق على مخالفته وبالتالي يجوز لجهة الإدارة تطبيقها والمطالبة بها متى ظهر موجبها..».

وفي حكم آخر قضى الديوان بأن "غرامة التأخير تقع بقوة النظام إذا تحققت مقتضيات حســمها، وتصرف جهة الإدارة باعتبارها تمثل الصالح العام يجب أن يكون في حدود النظام وليس لها أن تجامل أو تتنازل بالمخالفة للنظام"[٦٢٦].

وبالتالي فإنه لا يجوز الإعفاء من الغرامة أو الاتفاق على الإعفاء منها لأن ذلك يتنافى مع النص النظامي والحكمة من وراء تقرير هذه الغرامة.

وإذا كان توقيع الغرامة التأخيرية مترتب على إخلال المتعاقد بالســقف الزمني للتعاقد بتســليمه الأعمال بعد الوقت المحــدد لذلك، فإنه قد يكون في بعــض الأحيان ذلك التأخير

---

(٦٢٥) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٨١٤٠ لسنة ٤٤ ق بجلسة ٢٠٠١/١/٢٣، المجموعة ١/٤٦، ص٥٩٣.

(٦٢٦) راجع حكم هيئة التدقيق رقم ١١٨/ت/١لعام ١٤١٢هـ مجموعة القضاء الإداري، مرجع سابق، ص١٣٩.

خارجـاً عن إرادة المتعاقد ولا دخـل له فيه لهذا قرر النظام السـعودي إعفاء المتعاقد عن التأخير من الغرامة في حالات معينة حيث نص في المادة (٥١) منه على أن «يتم تمديد العقد والإعفاء من الغرامة باتفاق الجهة الحكومية المتعاقدة مع وزارة المالية إذا كان التأخير ناتجاً عن ظروف طارئة، أو لسـبب خارج عن إرادة المتعاقد، بشرط أن تتناسـب مدة التأخير مع هذه الأسباب».

وهو ما قد حدده قضاء ديوان المظالم بقوله «يتعين تمديد العقد إذا كلف المقاول بأعمال إضافية في ميعاد لا يسـمح بتنفيذها، أو صدر إليه أمر من الجهة الإدارية بإيقاف الأعمال لأسـباب لا دخل له فيها، في غير هاتين الحالتين يخضع المقـاول لغرامات التأخير ولا يعفى منهـا إلا بإثبـات القوة القاهرة أو الحادث الطارئ أو لأي سـبب آخر لا دخل لإرادته فيه، ويكون الإعفاء في هذه الأحوال بالاتفاق بين الجهة الإدارية ووزارة المالية»[٦٢٧].

وعليـه فإنـه إذا كان التأخير ناتجاً عن ظـروف طارئة – والتي تمت الإشـارة إليها - أو لأسـباب خارجـة عـن إرادة المتعاقد، فإنه يعفى في هـذه الحالة من غرامـة التأخير وله اللجـوء إلى القضاء حال عدم إعفائه من قبل الجهة المعنية، وقد تعددت تطبيقات القضاء السـعودي في هذا حيث قضى الديوان «بإلزام جهة الإدارة بإعادة ما حسـمته من غرامات تأخير على المدعية طالما ثبت من الأوراق أن تأخرها في تنفيذ العقد يرجع لأسـباب خارجة عـن إرادتها، تمثلت في غرق الرافعتين محل التعاقـد وملحقاتهما، لا يغير من ذلك النص في العقد على التزام المدعية باتخاذ كافة الاحتياطات، إذ إن ذلك يعني التزامها ببذل عناية، ولا ذنب لها في قوة قاهرة واجهتها أدت إلى تأخير التنفيذ»[٦٢٨].

وقـضى في حكـم آخر بعـدم أحقية جهـة الإدارة في توقيع غرامة تأخـير عن مدة هي المتسببة في إيقاف المقاول فيها عن العمل»[٦٢٩].

وقضى أيضاً بأن «المؤسسـة تأخرت نتيجة لأسـباب لا دخل لإرادة المتعاقد بها .. إذ إن تسـليم الموقع للمؤسسـة دون أن تكون عليه رخصة إنشـاء يعد من الأمور التي تتسبب

---

(٦٢٧) راجع حكم هيئة التدقيق رقم ٢٧/ت/١ وتاريخ ١٤١٠هـ مجموعة القضاء الإداري، مرجع سابق، ص١٣٣.

(٦٢٨) راجع حكم هيئة التدقيق رقم ٢٨٢/ت/٣ وتاريخ ١٤١٠هـ مجموعة القضاء الإداري، مرجع سابق، ص١٣٣.

(٦٢٩) راجع حكم هيئة التدقيق رقم ٧٢٢/ت/١ وتاريخ ١٤١١هـ مجموعة القضاء الإداري، مرجع سابق، ص١٣٥.

للمتعاقد بعقبات من الجهــات الأخرى تؤخر قيامه بالتزامه، وكذا الأمر فيما يتعلق بتأخير صرف مســتحقاته التي تؤثر على الســيولة النقدية اللازمة لتمويل أعماله وتنفيذها بشكل يتناســب مع اقتصاديات هذا العقد .. ومن كل ما ســبق فإن الدائرة تنتهي إلى أن ما قامت به المدعى عليها من حسم غرامات التأخير وتكاليف الإشراف كان إجراءً غير صحيح»[٦٣٠].

في حين إذا لم يثبت توافر أي من الأسباب المذكورة أو تعدي التأخير بما يفوق تلك الأسباب فــإن الديوان يحكم بتأييد تطبيق الغرامة حيث قضى الديوان «بإلزام المقاول بغرامات التأخير عن المدة التي ثبت تأخيره خلالها في التنفيذ، لا يغير من ذلك ما يستند إليه من تكليفه بأعمال إضافية حيث ثبت أنها في حدود النســب المقررة نظاماً وقد منحته جهة الإدارة تمديداً للعقد ترى الدائرة أنه كافٍ لإتمام هذه الأعمال ومن ثم يسأل عن المدة الزائدة على ذلك»[٦٣١].

وأخــيراً فإن توقيــع غرامة التأخير لا يخل بحــق الإدارة في المطالبة بالتعويض عما لحقها من أضرار، وعليه يجوز الجمع بين غرامة التأخير والمطالبة بالتعويض وذلك لاختلاف ســبب كل منهــما عن الآخر، فغرامة التأخير جــزاء مرتبط بالتأخير في التنفيذ عن المواعيد المحددة، والتعويض يرتكن على قدر الضرر الذي حاق بالجهة الإدارية نتيجة التأخير، غير أن البعض من الفقه يشترط أن تكون هذه الأضرار تجاوز قيمتها النسب المنصوص عليها لغرامة التأخير[٦٣٢].

وأعتقــد أن التطبيق المجــرد لغرامة التأخير وما يتفق مع طبيعتها أنه لا يشــترط ذلك، فســبب غرامة التأخير مختلف عن ســبب التعويض، فكلاهما مصدر مختلف عن الآخر فلا يتناقضان ولا يتداخلان.

٢- غرامة التقصير:

تفــرض غرامة التقصير في الحالة التي تؤدى فيها الأعمال في الوقت المتفق عليه ولكن دون الشروط والمواصفات المتفق عليها. أو عدم توفير بعض الخدمات المتفق عليها، وقد أشارت إلى هذا المادة (٤٩) من النظام بأنه «إذا قصر المتعاقد في عقود الصيانة والتشــغيل والعقود ذات

---

(٦٣٠) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ١١٨/د/إ/٣ لعام ١٤٣٤هـ في القضية رقم ٥/٢٢١/ق لعام ١٤٣٢هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٧٣ لعام ١٤٣٥هـ في قضية الاستئناف رقم ٥٥٦٢/ق لعام ١٤٣٢هـ (حكم غير منشور).

(٦٣١) راجع حكم هيئة التدقيق رقم ٤٠٠/ت/١ وتاريخ ١٤١٠هـ مجموعة القضاء الإداري، مرجع سابق، ص١٣٤.

(٦٣٢) راجع د. محمد عبد الباسط، مرجع سابق، ص٣٠٩.

التنفيذ المستمر في تنفيذ التزاماته، تفرض عليه غرامة لا تتجاوز (١٠٪) عشرة في المائة من قيمة العقد، مع حسم قيمة الأعمال التي لم تنفذ» وجاءت المادة (٨١) من اللائحة فنصت على أنه «إذا قصر المتعاقد في عقود الخدمات ذات التنفيذ المستمر، كالصيانة والنظافة والتشغيل وتقديم خدمات الإعاشة وعقود النقل، وفي عقود التصنيع، في تنفيذ التزاماته، تحسم عليه غرامة تقدر في العقد، على ألا يتجاوز إجمالي الغرامة ١٠٪ من القيمة الإجمالية للعقد».

بالإضافة إلى هذا فقد نصت المادة (٧٩) من اللائحة على أنه «إذا تأخر الاستشاري في عقود الإشراف في تأمين جهاز الإشراف، أو قصر في تنفيذ التزاماته، تحسم عليه غرامة تقدر في العقد، على ألا يتجاوز إجمالي الغرامة ١٠٪ من القيمة الإجمالية للعقد».

وأخيراً نصت المادة (٨٠) من اللائحة على أنه «إذا تأخر أو قصر المتعاقد في عقود التصاميم وإعداد الدراسات ووضع المواصفات والمخططات والأعمال الفنية وخدمات المحاسبين والمحامين والمستشارين القانونيين في تنفيذ التزاماته، تحسم عليه غرامة تقدر في العقد، على ألا يتجاوز إجمالي الغرامة ١٠٪ من القيمة الإجمالية للعقد».

خصائص الغرامة التقصيرية:

تتشابه الغرامة التقصيرية مع الغرامة التأخيرية في كثير من الخصائص وتفترق عنها في البعض الآخر، فتتشابه معها في أن الجهة الإدارية هي التي تقوم بتوقيعها دون اللجوء للقضاء، كما أنها من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على الإعفاء منها مقدماً ولا مخالفة الأحكام النظامية لها، وتفترق عنها نظراً لطبيعة العقود التي تفرض فيها غرامة التقصير، فهذه الغرامة تخضع لتقدير المتعاقدين في كيفية إجراء الحسم والحالات التي تقتضيها وإن كانت في نهاية المطاف محدودة بسقف لا يتعدى ١٠٪ من قيمة العقد، عليه إذا لم تحدد نسب معينة في العقد وفقاً لحالات التقصير المتفق عليها فإنه لا يجوز توقيعها، وفي ذلك قضى الديوان بأن «إجراء المدعى عليها الحسم على مخالفة المدعية محل نظر بحسبان خلو العقد من تقدير الجزاء على عدم الالتزام، والمادة السابقة جعلت ذلك الجزاء وتقديره في العقد لازماً لصحة التوقيع وهو المتوافق مع مبادئ الشريعة الإسلامية والتي تلزم بإخراج العقود من الجهالة..»[٦٣٣].

(٦٣٣) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ٤٣/د/٦/ ١ في القضية رقم ١/٢٤٩٠/ق لعام ١٤٢٩هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٨٠ لعام ١٤٣٣هـ في قضية الاستئناف رقم ٣٣٦٧/ق لعام ١٤٣٢هـ (حكم غير منشور).

وهــو صحيح لأن النظام لم يحدد طريقة توقيع تلــك الغرامة كما حدد ذلك في الغرامة التأخيرية.

هذا وإذا كانت الغرامة التأخيرية لا يمكن توقيعها أثناء تنفيذ العقد لأن التأخير لا يتبين إلا بانتهاء المدة المحددة له فإن الغرامة التقصيرية توقع أثناء تنفيذ العقد، فإن انتهى العقد فإنــه كما يــرى الديوان في أحد أحكامه أنه لا يجوز المطالبــة بها حيث قضى بأن «ومحضر الاســتلام النهائي للصيانة غير الطبية ... كما هو مشار إليه بشهادة إخلاء الطرف، الأمر الذي يعد إقراراً من المدعى عليها بأن المدعية قد أوفت بالتزاماتها العقدية ويقضي بانتهاء العلاقة التعاقدية بينهما في هذا العقد، وبالتالي فلا يقع صحيحاً فرض غرامة التقصير بعد ذلك، وأنه ولإن ثبت للمدعى عليها تقصير المدعية في عملها إلا أن المسؤولية الرقابية والإشرافية الملقاة عــلى عاتق المدعى عليها أثنــاء تنفيذ العقد تقتضي أن تراقب الجهة عمل الشركة المتعاقدة دوريــاً وتعد تقاريرها بذلك، وتتخذ الإجراءات اللازمة حيالها، كما أن من لازم مســؤولياتها أن تتحقق من وجود الملاحظات أو التقصير في العقد عند إعدادها لمحضر اســتلام المشروع الابتدائي والنهائي، ويتعين عليها في حال وجود ملاحظات أو تقصير أن ترفض الاستلام النهائي حتــى يتم تعديــل الملاحظات أو تفرض عليهــا غرامة التقصير عند ثبوتهــا، وأن تأخرها في معرفة وجود التقصير إلى بعد انتهاء العقد وبعد الاســتلام النهائي يعد تقصيراً منها في القيام بمسؤولياتها وتتحمل تبعاته..»[٦٣٤].

وأعتقد أن هذا الحكم لا يتماشى مع فلسفة العقود الإدارية وحمايتها للمصلحة العامة، فإنــه متى ظهر موجــب توقيع الغرامة وقعــت، بالإضافة إلى أنه يجــب التفرقة بين وقت حدوث التقصير ووقت توقيع الغرامة، فإذا كان شرطاً منطقياً أن يكون التقصير خلال تنفيذ العقد، فإنه ليس منطقياً أن يشترط توقيع الغرامة أثناء تنفيذ العقد، حيث لا ارتباط بينهما فالعــبرة هي بوجــود التقصير وقت تنفيذ العقد، ولا عبرة بوقت اكتشــافه ولا بوقت توقيع الجــزاء. وعليــه إذا كان لا خلاف أن وقت حدوث التقصير مرتبط بوقت تنفيذ العقد فإنه لا يمكن القول بارتباط الجزاء بوقت تنفيذ العقد، كما أن هذا التقصير وما ينتج عنه من حقوق عامة لا تسقط بالتقادم ولا بالتنازل ولا بالتقصير متى ظهر موجبها ولم يوجد نص يسقطها.

---

(٦٣٤) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ١٤٢/د/إ/٩ لعام ١٤٣٤ هـ في القضية رقم ١/٧٠٧٦/ق لعام ١٤٢٩هـ المؤيدة من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٦ لعام ١٤٣٥هـ في قضية الاستئناف رقم ٧٢٤٨/ق لعام ١٤٣٤هـ (حكم غير منشور).

المبحث الرابع

سلطة إنهاء العقد للمصلحة العامة:

أولاً: تعريف سلطة إنهاء العقد للمصلحة العامة:

يقصد بهذه السلطة قيام الجهة الإدارية بإرادتها المنفردة بوضع نهاية للعقد الإداري، ليس جزاءً لإخلال المتعاقد بأي من التزاماته التعاقدية الموجبة لذلك، وإنما تحقيقاً لاعتبارات المصلحة العامة. ففي هذه السلطة تقوم الجهة الإدارية بإنهاء العقد الإداري وفقاً لما تقضية المصلحة العامة التي هي مقتضى وجود العقد الإداري.

هذا وقد عالجت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية في المادة (١٤٩) منها إنهاء العقد للمصلحة العامة في حالة الإيجار والاستثمار فنصت على أنه "يجوز للجهة الحكومية بعد موافقة الوزير المختص أو رئيس الدائرة المستقلة، وموافقة وزارة المالية، إلغاء العقد قبل انتهاء مدة التأجير أو الاستثمار، لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة. بعد إشعار المستأجر أو المستثمر بذلك، وانقضاء ثلاثة أشهر من تاريخ إشعاره بذلك. ويعد محضر مشترك مع المستأجر أو المستثمر لحصر موجودات الموقع وما أقيم به من منشآت. ويحال العقد إلى الجهة القضائية المختصة للنظر في الآثار المترتبة على إلغاء العقد وتقدير التعويض.

أما نموذج عقد الأشغال العامة فقد عالج فقط حالة الحرب تحت عنوان المخاطر الخاصة فقد نصت المادة (٥٥) على أنه «... وإذا نشبت الحرب أثناء سريان هذا العقد فإن على المقاول أن يقوم باتخاذ جميع التدابير الممكنة والجهود لإتمام الأعمال على أن يراعي دائماً أن لصاحب العمل الحق في كل وقت بعد نشوب الحرب في إنهاء العقد بموجب خطاب كتابي للمقاول، وعند إعطاء هذا الإخطار يصبح العقد منتهياً عدا ما يختص بحقوق الطرفين التي تنص عليها هذه المادة وكذلك المادة (٥٦) وبدون إخلال بحقوق أي من الطرفين المتعلقة بأية مخالفة سابقة لإنهاء العقد.

واســتكمالاً لهذه الأحكام فقد نصت المادة (٥٦) من هذا العقد على أنه «في حالة إنهاء العقد بســبب نشــوب الحرب على النحو المبــين آنفاً يجب على صاحــب العمل أن يدفع للمقــاول جميع الحقوق المســتحقة له عن الأعمال التي قام بتنفيذهــا بالإضافة إلى قيمة المواد والبضائع التي تم توريدها إلى الموقع وذلك بعد خصم المبالغ المتبقية له بذمة المقاول من رصيد الدفعات المقدمة والمســددة إليه أو أي مبلغ آخر جرى تســديده للمقاول على حساب تنفيذ العمل».

وفي ســلطة إنهاء العقــد الإداري قضى الديوان بأنه «ومن حيــث إنه يقابل حق الأمانة المدعى عليها في إنهاء عقد امتياز مرفق تسويق السمك قبل انتهاء مدته الطبيعية بدون خطأ من المتعاقد لدواعي الصالح العام حق المتعاقد الملتزم في الحصول على التعويض المناسب ... لا شك في أحقية الإدارة في استرداد المرفق دون حاجة لانتظار نهاية المدة، فالإدارة تملك حقاً أصيــلاً لا يمكنها أن تتنازل عنه في تنظيم المرفق في كل وقت، بما يجعله أصلح لأداء الخدمة المنوطة به، وبالتالي فإن لها دائماً أن تلغي المرفق فينقص الالتزام أو تستبدل بطريقة التعاقد طريقاً جديدة كالاستغلال المباشر أو عن طريق مؤسسة عامة..»[٦٣٥].

وفي هذا الشــأن قضت المحكمة الإدارية العليا بــأن «العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص، مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تســييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازية ومتساوية، إذا بها في العقود الإدارية غير متكافئة؛ إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة، وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري. ويترتب على ذلك أن للإدارة ســلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود، وأن لها دائماً حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة، بما قد يتراءى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام دون أن يتحــدى الطرف الآخر بقاعدة "أن العقد شريعــة المتعاقدين»، كل ذلك بشرط ألا يصل التعديل إلى حد فســخ العقد كلية، وإلا جاز للطرف الآخر فســخه وبشرط أن يكون لــه الحق في التعويضات إذا اختلت الموازنة في الــشروط المالية، كما يترتب عليها كذلك أن للإدارة دائماً سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام، وليس للطرف الآخر

(٦٣٥) راجــع حكــم الدائــرة الإدارية رقم ١٢/د/إ/٩ لعــام ١٤١٦هـ في القضيتــين رقم ٢/٩٣٣/ق لعــام ١٤١٠هـ ورقم ١/١٣٦٣/ق لعام ١٤١١هـ المؤيد من هيئة التدقيق، بالحكم رقم ٢٤٢/ت/٢ لعام ١٤١٦هـ (حكم غير منشور).

إلا الحــق في التعويضات إن كان لها وجه، وهذا على خــلاف الأصل في العقود المدنية التي لا يجوز أن يســتقل أحد الطرفين بفســخها أو إنهائها دون إرادة الطرف الآخر. ومن حيث إنــه ترتيباً على هذه القواعد المســتقرة، كان يمكن للإدارة أن تتحلــل من تعاقدها وتعمل سلطتها العامة في إنهاء العقد بعد أن أصبحت البوية غير صالحة للغرض المتعاقد من أجله بســبب تغيير صنف الجلد المســتعمل لأحذية الجنود .. ومن حيــث إنه لم يتبق بعد ذلك سوى البحث فيما إذا كان .. أصاب المدعي ضرر بسبب هذا الرفض .. والتعويض بوجه عام مقياســه الضرر المباشر، وهو يشــتمل على عنصرين جوهريين، هما الخســارة التي لحقت المضرور، والكسب الذي فاته»[٦٣٦].

وقضت أيضاً بأن «الحق لجهة الإدارة في تعديل العقد بما يشــمله من إنهائه يترتب على مــا للعقود الإدارية من تميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يســتهدف تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، فللإدارة دائماً وفقاً لمقتضيات الصالح العام سلطة إنهاء العقد من غير أن يحتج عليها بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، ذلك لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها يحكمها مبدأ حســن ســير واســتمرار المرافق العامــة، وهي تفترض مقدماً حصول تغيير في ظروف وملابســات العقد وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات حســن ســير المرفق العام وانتظامه، ويقوم التعاقد فيها على أساس أن نية الأطراف قد انصرفت عند إبرام العقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحــة العامة، مما يترتب عليه أن جهــة الإدارة هي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد تســييره، تملك حق تعديل هذا العقد بمــا يتواءم مع هذه الظروف المتغيرة ... أو إنهاء العقد إذا ما اســتلزمت ذلك ضرورة الوفــاء بحاجات المرفق العام .. والإدارة في ممارســتها لســلطة تعديل العقد أو إنهائه إنما تســتعمل حقاً، وهذه السلطة لا تستمدها الإدارة من نصوص العقد بل من النظام العام لســير المرفق العام الذي يحكم كفالة ســيرها وانتظامهــا في أداء خدماتها بمــا يحقق المصلحة العامة، ومن ثم فحق الإدارة في التعديل أو الإنهــاء للعقد الإداري مقرر بغير حاجة إلى النص عليه في العقد وإلى موافقة الطرف الآخر. فللإدارة دائماً ســلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن ظروفاً اســتجدت تستدعي هذا الإنهاء، كما إذا أصبــح العقد غير ذي فائدة للمرفق العام أو أضحى لا يحقق المصلحة العامة المقصودة

(٦٣٦) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم ٢/١٥٢٠ق بجلسة ١٩٥٧/٤/٢٠، المجموعة ٢/٢، القاعدة ٩٧، ص٩٣٧.

في ظــل تغير ظروف الحال عنها وقت التعاقد مع المنتفع، وليس للطرف الآخر في العقد إلا الحق في التعويضات إن كان لها وجه وتوافرت الشروط الموجبة للتعويض»[٦٣٧].

وقضت كذلك بأنه "ومن المستقر عليه فقهاً وقضاءً أن للجهة لإدارية حق إنهاء العقود الإداريــة بإرادتهــا المنفردة إذا قــدرت أن الصالح العام يقتضي ذلــك، وليس للطرف الآخر المتعاقد معها إلا الحق في التعويض إن كان له وجه، هذا مع ملاحظة أن هذا الحق المخول للجهة الإدارية ليس مطلقاً بل أنه مشروط بشرطين: الأول أن يقتضي الصالح العام أو صالح المرفق إنهاء العقــد. والثاني: أن تتوافر لقرار الإنهاء كافة الشروط اللازمة لمشروعية الأعمال المبنية على سلطة تقديرية (أي ألا يكون القرار مشوباً بالانحراف بالسلطة)»[٦٣٨].

ثانياً: خصائص سلطة إنهاءالعقد:

-حق الإدارة بإنهاء العقد بالإرادة المنفردة يســتند إلى طبيعة العقود الإدارية وارتباطها بتحقيــق المصلحة العامة، فإذا تبين لــلإدارة أن موضوع العقد أصبح غير ذي فائدة أو يؤثر ســلباً على المصلحة العامة بدلاً من تحقيقها، كان ذلــك مدعاة لصحة قراراها بإنهاء العقد بالإرادة المنفردة.

- حق الإدارة بإنهاء العقد للمصلحة العامة يســتند على طبيعة العقد وارتباطه بالصالح العــام فإنه لا يحتاج إلى نص عقدي يقرره، ومن ثم كذلك لا يجوز التنازل عنه[٦٣٩]، إن هذا مــا جعل الديوان وبحق يقضي ببطــلان شرط في العقد يمنع الجهة الإدارية من اســتخدام ســلطة إنهاء العقد للمصلحة العامة فقضى بأنه «اســتقر فقهاً وقضــاءً أن لجهة الإدارة في العقود الخاصة بها أو الإدارية امتيازات يســتحيل معها إعادة فرض هذا الشرط، ولا يجوز لجهة الإدارة أن تتنازل عن هذا الحق وهذه الســلطة ولو كان هذا بموجب شرط في العقد، وهــذا معتبر تأسيســاً على أن هذا الحق يتجــاوز نطاق الحق الشــخصي .. وطالما أن هذا

---

(٦٣٧) راجــع حكــم المحكمــة الإدارية العليا في الطعــن رقــم ٣٥/٣٩٨٦ق بجلســة ١٩٩٢/١١/١٥، المجموعة ١/٣٨، القاعدة٩، ص١١٠.

(٦٣٨) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٠/٢٢٨٩ق بجلســة ١٩٩٠/٣/٢٠، المجموعة ٢/٣٥، القاعدة ١٣٠، ص١٤٢١.

(٦٣٩) راجع د. ماجد الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص١٧٣.

الحق متعلق بالمصلحة العامة فلا يمكن التنازل عنه مسبقاً، والجهة لا تستطيع أن تعلم ما يتطلبه سير المرفق فيما بعد، لأن تسييره قد يقتضي إنهاء العقد في أي وقت فلا يتصور تنازلها عن هذا الحق، وعليه فكل شرط تعاقدي يغل يد الإدارة عن اتخاذ ما فيه مصلحة لعموم المرفق يعتبر باطلاً لمخالفته المصلحة العامة ..لأن ممارسة جهة الإدارة لاختصاصها من أجل حسن سير المرفق يعتبر غير قابل للتصرف فيه، فالجهة مهما كانت طبيعة التزاماتها لا يمكن أن تظل حبيسة الروابط التعاقدية عندما يتطلب الأمر مصلحة عليا، ووجود نص في العقد يسمح لها بإنهاء العقد يعتبر نصاً مقرراً لحق الجهة بذلك وليس نصاً منشئاً لحقها فيه..»[٦٤٠].

- حق الإدارة بإنهاء العقد بالإرادة المنفردة وإن كان يقوم على سلطتها التقديرية إلا أن هذه السلطة التقديرية ليست مطلقة وإنما تخضع لرقابة القضاء الذي يتثبت من دواعي الصالح العام التي دفعتها لإنهاء العقد[٦٤١]، وبالجملة فإن إنهاء العقد كقرار إداري يخضع للمبادئ العامة في تحديد مشروعية الأركان التي يقوم عليها القرار، غير أنه يرى البعض من الفقه أن ذلك فيما عدا تضييق حق الإدارة في مراقبة ملاءمة السبب الذي تتذرع به الإدارة للقرار الصادر بالإنهاء ولعل مرجع ذلك المسلك أن المتعاقد لن يضار من ذلك التضييق لأنه سوف يحصل على التعويض على أية حال، فإذا ثبت للقضاء أن القرار غير مشروع فإنه يملك إلغاء القرار كقاعدة عامة ما عدا عقد الأشغال باعتبار أن الإدارة هي صاحبة الأشغال ولها مطلق الحرية في التصرف بخصوصها وبالتالي فإن حق مقاول الأشغال العامة يتحول إلى تعويض[٦٤٢].

وأعتقد أن التضييق على القضاء في بحث الملاءمة يتنافى مع ما سطرته المحكمة الإدارية العليا من أن صحة قرار الإنهاء تتوقف على توافر المصلحة وعدم الانحراف في استخدام السلطة، وعليه فإن مراقبة القضاء لقرار الإنهاء لا تختلف عن رقابة أي قرار إداري آخر، أما كون الإلغاء ينطبق على كل العقود عدا عقد الأشغال العامة باعتبار أن الإدارة هي صاحبة

(٦٤٠) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ١١٦/د/إ/٧/١، في القضية رقم ٧/١٢٩٩/ق لعام ١٤٣٤هـ المؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ٤/٥٣ لعام ١٤٣٥ هـ في قضية الاستئناف رقم ٧١٨/ق لعام ١٤٣٥هـ (حكم غير منشور).

(٦٤١) راجع د. محمد الشافعي أبو رأس، العقود الإدارية، ص١٠٢.

(٦٤٢) راجع د. سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٧٥٣.

الأشــغال ولها مطلق الحرية في التصرف بخصوصها، فإن هذا الســبب متوافر في كل العقود وبالتالي إن صح ذلك بالنسبة لعقد الأشغال فإنه ينطبق عليها جميعاً ومن ثم لا يبقى أمام المتعاقد في كل الحالات سوى التعويض، وأرى أنه إذا ثبتت عدم مشروعية قرار الإنهاء سواءً في عقد الأشــغال أم غيره فإنه يحق للقاضي إلزام الجهة الإدارية بالاستمرار في تنفيذ العقد، لأن الاستمرار في تنفيذ العقد في هذه الحالة هو الذي يتماشى مع تحقيق المصلحة العامة.

- يحصــل المتعاقــد في حالة الإنهــاء للمصلحة العامة على تعويض كامــل لما لحقه من خســارة ولما فاته من كســب، غير حالة التعويض في حالة إنهاء العقد في حالة الحرب وذلك على أساس العدالة المجردة، ذلك أنه من العدل متى فرض على الإدارة إنهاء العقد أن يقتصر التعويض على ما يتحمله المتعاقد من خسائر فعلية دون حساب للأرباح المحتملة[٦٤٣].

وأخــيراً وإن كان إنهاء العقــد للمصلحة العامة متفق عليه فقهاً وقضاءً غير أنه لأهميته يراعــى أن يكــون هناك نص صريح في نظام المنافســات عن ســلطة الإدارة في إنهاء العقد بإرادتهــا المنفــردة، أو على الأقل أن يكون هناك نص في العقود النموذجية تشــير إلى هذه السلطة.

(٦٤٣) راجع د. سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٧٥٤.

الفصل الرابع

تمديد ونهاية العقود الإدارية

نتكلــم في هذا الفصل عن حالات تمديد العقد الإداري ســواءً كانت الحالات التقديرية أم تلك المحددة بالنص، وكذلك عن نهاية العقد الإداري سواءً كانت تلك النهاية طبيعية أم كانت غير ذلك، وكما يلي:

المبحث الأول:

تمديد العقد الإداري:

يتم تنفيذ العقود خلال مدد زمنية معينة، يتم الاتفاق عليها يلتزم فيها المتعاقد باحترام تلك المدة وتسليم الأعمال في الأوقات المحددة غير أنه قد تطرأ ظروف معينة قد لا يستطيع المتعاقــد فيهــا الوفاء بالتزاماته في تلــك المواعيد، مما قد يؤدي إلى تمديد العقد ليتناســب مــع تلك الظروف أو تقوم الجهة الإدارية بتكليف المتعاقد معها بأعمال إضافية يســتدعي تنفيذهــا تمديد العقد، ولقد حدد النظام الســعودي ولائحته الأحوال التي تؤدي إلى تمديد العقد. ويمكن أن نتناول تلك الحالات كما يلي:

أولاً: الحالات التقديرية:

ســميتها بالحالات التقديرية لأنها حالات عامة تقديرها يخضع لسلطة الجهة الحكومية بالاتفاق مع وزارة المالية وذلك في كل حالة على حده.

هذه الحالات أشارت إليها المادة (٥١) من النظام بقولها « يتم تمديد العقد والإعفاء من الغرامة باتفاق الجهة الحكومية المتعاقدة مع وزارة المالية إذا كان التأخير ناتجاً عن ظروف طارئة، أو لسبب خارج عن إرادة المتعاقد، بشرط أن تتناسب مدة التأخير مع هذه الأسباب».

من خلال هذه المادة وما أشــارت إليه اللائحة[٦٤٤]، يمكن تحديد ضوابط تمديد العقد في تلك الحالات وهي:

---

(٦٤٤) راجع المادة ٩٢، ٩٣ من اللائحة.

١- أن يكون هناك ظرف طارئ، أو ســبب خارج عــن إرادة المتعاقد، ومن مفهوم الظروف الطارئة الذي ســبقت الإشــارة إليه يمكن أن نحدد المقصود بالظــروف الطارئة في هذا الخصوص بأنها تلك الظروف العامة الاســتثنائية التي تطــرأ أثناء تنفيذ العقد ولم تكن متوقعة عند إبرامه، وتؤدي إلى توقف كلي أو جزئي أو صعوبة في تنفيذ العقد تؤدي إلى تأخير التنفيذ عن المواعيد المحددة.

٢- أن يتناسب تمديد العقد مع مدة التأخير الناتجة عن الأسباب المعنية، ولذلك على الجهة الإدارية قبل طلب الموافقة على التمديد في تلك الحالات أن تقوم بإجراءات معينة حيث المادة (٩٤) من اللائحة على أنه:

أ- عــلى الجهة الحكومية قبل طلب موافقــة وزارة المالية على تمديد العقد في الحالات المحددة بموجب المادة (الحادية والخمسين) من النظام، أن تقوم بدراسة طلب التمديد من الناحية الفنية والقانونية، من قبل لجنة متخصصة، لتحديد أسباب التأخير، والمدد المستحقة عن كل سبب على حدة، وعرض تقريرها على لجنة فحص العروض.

ب - يحال طلب التمديد إلى وزارة المالية، مرفقة به المستندات التالية:

١- صورة من وثائق العقد .

٢- صورة من محضر تسليم الموقع، أو خطاب التعميد في عقود التوريد.

٣- أصــل الخطاب المقــدم من المقاول بإنجاز الأعمال، موضحاً فيــه رقم وتاريخ قيده لدى الجهة الحكومية.

٤- كافة المستندات التي قدمها المقاول أو التي اعتمدت عليها الجهة الحكومية في دراستها، مع صورة من التقرير الفني المشار إليه في الفقرة (أ) من هذه المادة.

٥- صورة من محضر الاســتلام الابتدائي، ومحاضر المعاينة، أو محاضر الاســتلام الجزئية (إن وجدت)، ومستندات الاستلام المؤقت الخاصة بعمليات التوريد.

٦- صــورة من خطابات إخطار المقــاول بالتوقف عن العمل، أو تكليفه بأعمال إضافية (إن وجدت).

٧- محـضر لجنة فحص العروض المشـار إليه في الفقرة (أ) من هـذه المادة، على أن يكون مشـتملاً على المبررات التي اعتمدت عليهـا اللجنة في توصياتهـا، ومعتمداً من الوزير المختص أو رئيس الدائرة المستقلة.

٣- أن يكون التمديد باتفاق الجهة الإدارية مع وزارة المالية.

٤- أن يكـون النظـر في تمديد العقـد الناتج عن الحالات المذكورة بعد اسـتلام الأعمال استلاماً ابتدائياً أو تسليم الأصناف الموردة في عقد التوريد، وهذا أمر منطقي حتى لا تستبق الأحداث، فإنه قد يكون على الرغم من توافر تلك الظروف، فإن المتعاقد كان بوسعه التنفيذ في الوقت المحدد، حيث لا يعني توافر السبب توافر التمديد، فالتمديد يتوقف على الأثر.

وفي هذه الحالات قضى الديوان بأنه «..وتأسيساً على ما سلف فإن المنظم أعطى للإدارة مكنة واسـتثنائية في اتخاذ العديد من الجزاءات إذ هـي مقررة ضماناً لتنفيذ هذه العقود في مواعيدها المتفق عليها؛ حرصاً على سير المرفق العام بانتظام واطراد.. ولما تقرر سلفاً من حـق الإدارة فرض غرامـة التأخير عند تحقق شروط فرضهـا دون انتظار حكم قضائي، فإن لهـا الحق أيضاً أن تقدر ظروف العقد وتعفي المتعاقد من هذه الغرامة إذا قدرت سـلامة الأسباب التي تدعو إلى ذلك، مثلما إذا كان التأخير راجعاً إلى سبب أجنبي أو قوة قاهرة أو بسبب الإدارة نفسها وقد أشارت المادة (٥١) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية إلى ذلـك فقد نصت على أن « يتم تمديد العقد والإعفاء مـن الغرامة باتفاق الجهة الحكومية المتعاقدة مع وزارة المالية إذا كان التأخير ناتجاً عن ظروف طارئة، أو لسبب خارج عن إرادة المتعاقد، بشرط أن تتناسب مدة التأخير مع هذه الأسباب»[٦٤٥].

وقضى أيضاً بأن «المؤسسـة قد تسلمت الموقع بتاريخ ١٤٢٧/٤/٩هـ، وأن رخصة الإنشاء الخاصة بالموقع صدرت في ١٤٢٨/٦/١٩هـ كما أن المدعي قدم بياناً يوضح عدد أيام التأخير في صرف المسـتخلصات المسـتحقة له، واتضح أن إجمالي أيام التأخير (١٤٢٧) يوماً .. ومن كل ما سـبق يتضح أن المؤسسـة تأخرت نتيجة لأسباب لا دخل فيها لإرادة المتعاقد .. ومن

(٦٤٥) راجـع حكم المحكمة الإدارية رقم ١٢٢/د/إ/١ لعام ١٤٣٤هـ في القضية رقم ١/٦٤٧٢/ق لعام ١٤٣٣هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٧٥ لعام ١٤٣٥هـ في قضية الاستئناف رقم ٥٩٩٧/ق لعام ١٤٣٤هـ (حكم غير منشور).

كل ما سـبق فإن الدائرة تنتهي إلى أن ما قامت به المدعى عليها من حسم غرامات التأخير وتكاليف الإشراف كان إجراءً غير صحيح..»[٦٤٦].

ثانياً: الحالات المحددة:

نـص النظام على حالات محددة بحيـث لا يدخل فيها غيرها بخلاف الحالات التقديرية التي تحمل أسباباً عامة تسمح بدخول أي سبب تنطبق عليه حالاتها وتخضع لتقدير الجهة بالاتفاق مع وزارة المالية كما تمت الإشـارة ويعود تحديد هذه الحالات إلى المادة (٥٢) من النظـام والتي نصت على أنـه «للوزير المختص أو رئيس الدائرة المسـتقلة تمديد العقد في الحالات التالية:

أ - إذا كلف المتعاقد بأعمال إضافية على ما ورد في العقد، بشرط أن تكون المدة المضافة متناسبة مع حجم الأعمال وطبيعتها وتاريخ التكليف بها.

ب - إذا صـدر أمـر من الجهة الحكوميـة بإيقاف الأعمال أو بعضها لأسـباب لا تعود للمتعاقد.

ج - إذا كانت الاعتمادات المالية السـنوية للمشروع غير كافية لإنجاز العمل في الوقت المحدد.

ووفقـاً للمادة (٩٥) من اللائحة يلزم أن تصـدر أوامر إيقاف المتعاقدين عن الأعمال أو جـزء منها، من قبل صاحب الصلاحية في الترسـية. ويجب أن يكون الأمـر الصادر بإيقاف الأعمال متزامناً مع فترة التوقف الفعلية، ويخطر المتعاقد بذلك، بموجب خطاب يحدد فيه تاريـخ بـدء إيقاف الأعمال أو إيقاف جزء منها، كما يجب إخطاره باسـتئناف الأعمال بعد زوال أسباب التوقف.

وشرحـاً على هذه الحالات فإنه في البند الأول فإن المتعاقد حال تكليفه بأعمال إضافية، فإنـه قـد يحتاج إلى مدة زمنية لها، حيـث إن المدد الزمنية في العقـود يراعى فيها طبيعة

(٦٤٦) راجـع حكم المحكمة الإدارية رقم ١١٨/د/إ/٢٢/٣ لعـام ١٤٣٤هـ في القضية رقم ٥/٢٢١/ق لعام ١٤٣٢هـ المؤيد من محكمة الاسـتئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٧٣ لعام ١٤٣٥هـ في قضية الاسـتئناف رقم ٥٥٦٢/ق لعام ١٤٣٢هـ (حكم غير منشور).

الأعمال ومدة إنجازها، ولذا راعت المادة التناسب بين حجم الأعمال وبين المدة المضافة وهو ما نصت عليه المادة ٢٨/ب بقولها: «يجب في عقود مشــاريع الأشــغال العامة أن تتناسب المدة المحــددة لتنفيذ المــشروع مع كمية الأعــمال وطبيعتها، ومع الاعتمادات الســنوية المخصصة للصرف على المشروع». أما البند الثاني والثالث فإنه يشــير إلى مد العقد في حالة وقــف الأعمال كليــاً أو جزئياً، أو إذا كانــت الاعتمادات المالية غير كافيــة لإنجاز العقد في الفــترة المحددة، وفي هذه الحالة فإنه يعوض وفق المــادة (٩٦) من اللائحة عن كامل مدة التوقــف الكلي بمدة مماثلة، وإذا كان التوقف جزئياً يعوض بمدة تتناســب مع تأثير الجزء الموقف على ســير المشروع، بموجب تقرير فني تعده الجهــة. كما يعوض بالإضافة إلى هذا وفقاً للمادة (٩٧) من اللائحة عن كل ثلاثين يوماً متصلة من الإيقاف الكلي بمدة ثلاثة أيام، لغرض التجهيز والتهيئة لاســتئناف الأعمال، على ألا يتجاوز إجمالي مدد التعويض خمســة وأربعين يوماً.

هذا وتجدر الإشــارة إلى أن هذه الحالات لا تحتاج موافقــة وزارة المالية وفقاً لما نصت عليه المادة (٥٢) من النظام المشار إليها وما يفهم من المادة (٩٢) من اللائحة والتي نصت عــلى أنه «لا يجوز للجهــة الحكومية إصدار قرار بتمديد العقــد، أو إبلاغ المتعاقد بتمديد عقــده، في غير الحالات المحددة بموجب المادة (الثانية والخمســين) مــن النظام، ما لم يتم الاتفاق بذلك مع وزارة المالية.

ولا يعــد منح المتعاقد فرصة لاســتكمال الأعمال مع حســم الغرامة، مــن باب التمديد المعفــى مــن الغرامة» . ويترتب على التمديد الإعفاء من غرامــة التأخير وتكاليف الإشراف عن مدة التمديد.

المبحث الثاني

نهاية العقد الإداري:

ينتهي العقد بإحدى نهايتين نهاية طبيعية، وأخرى غير طبيعية، ويمكن دراسة ذلك في مطلبين اثنين وكما يلي:

أولاً: النهاية الطبيعية للعقود الإدارية:

تنتهي العقود نهاية طبيعية بتنفيذ الالتزامات المترتبة عليها، وتختلف أوضاع تلك النهاية باختلاف أنواع العقود الإدارية فعقود الأشغال العامة تمر بمرحلتين لانتهاء العملية العقدية حيث تبدأ بتسليم الأعمال تسليماً ابتدائياً، وهو ما نصت عليه المادة (١٠٦) من اللائحة بقولها: «تستلم الأعمال في عقود الأشغال العامة استلاماً ابتدائياً بعد تقديم المتعاقد إشعاراً بإنجازها، وعلى الجهة الحكومية تكوين لجنة للبدء في المعاينة والاستلام، خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ ورود إشعار المتعاقد، وإذا لم تتمكن الجهة من استلام المشروع، لأسباب لا علاقة للمتعاقد بها، كوجود ما يمنع من التشغيل أو التجربة، أو عدم توافر التيار الكهربائي، أو لسبب آخر مما هو من مسؤوليات الجهة، تعد بذلك محضر معاينة بمشاركة المتعاقد أو ممثله، لحصر كافة الأعمال المنجزة في المشروع «ويبقى المشروع وفقاً للمادة (١٠٧) من اللائحة تحت ضمان المتعاقد، مدة لا تقل عن (سنة)، اعتباراً من تاريخ الاستلام الابتدائي، وتبدأ هذه المدة لنواقص المشروع (إن وجدت) من تاريخ استلامها.

وتأتي المرحلة الثانية وهي مرحلة التسليم النهائي والتي نظمتها المادة (١٠٨) من اللائحة بالنص على أنه:

أ- يلتزم المتعاقد خلال سنة الضمان المشار إليها في المادة (السابعة بعد المئة) من هذه اللائحة، بصيانة وإصلاح واستبدال ما يظهر من عيوب في المواد المستخدمة، أو عيوب في التنفيذ، ولا يحول استلام الجهة للأعمال مع عدم إبداء ملاحظاتها عليها، أو ما يظهر من نواقص، أو مواد مخالفة للمواصفات، مما لم يتم تداركه أثناء الاستلام الابتدائي، دون التزام المتعاقد بضمانها وصيانتها، وإذا لم يلتزم بذلك، تنفذ الأعمال على حسابه، بعد إنذاره، بالطريقة التي تراها الجهة مناسبة، بما لا يتجاوز الأسعار السائدة.

ب- لا يشمل الضمان والصيانة المشار إليها في الفقرة (أ) من هذه المادة، أعمال الصيانة الدورية أو العادية الناتجة عن الاستخدام، ما لم يرجع سبب ذلك وفقاً للأصول الفنية إلى عيب في المواد أو في التنفيذ».

وجاءت المادة (١٠٩) من اللائحة ناصةً على أن "تستلم الأعمال استلاماً نهائياً في عقود الأشغال العامة، بعد انتهاء مدة الضمان والصيانة المشار إليها في المادة (السابعة بعد المئة) من هذه اللائحة، وبعد تنفيذ المتعاقد لالتزاماته، وتسليمه المخططات ومواصفات الأجهزة والمعدات، والمستندات المتعلقة بالمشروع، وفقاً لما ينظمه نموذج عقد الأشغال العامة».

وبهذا يكون ذلك العقد قد انتهى نهاية طبيعية وتنتهي كافة الآثار المتعلقة بالعقد إلا فيما يتعلق بالضمان العشري والذي أشارت إليه المادة (٧٦) من اللائحة بقولها: «يضمن المتعاقد ما يحدث من تهدم[٦٤٧] كلي أو جزئي لما أنشأه خلال عشر سنوات من تاريخ تسليمه إياه للجهة الحكومية تسليماً نهائياً متى كان ذلك ناشئاً عن عيب في التنفيذ ما لم يكن المتعاقدان قد اتفقا على بقاء المنشآت لمدة أقل من عشر سنوات».

وقد نظم عقد الأشغال العامة عملية التسليم الابتدائي والنهائي وفترة الصيانة حيث نصت المادة (٥١) المتعلقة بالتسليم النهائي على أنه «على المقاول، بمجرد إنجاز الأعمال أن يقوم بإخلاء الموقع من جميع المعدات والمواد والأتربة والنفايات وأن يمهده بشكل صالح للاستعمال، ثم يرسل إشعاراً خطياً بذلك إلى صاحب العمل الذي يحدد موعد المعاينة تمهيداً لإجراء التسليم الابتدائي، وعلى صاحب العمل أن يحدد موعد المعاينة بإشعار خطي خلال مدة لا تزيد عن خمسة عشر يوماً من تاريخ إشعار المقاول له بذلك.

وعند تسلم الأعمال يقوم صاحب العمل أو من ينوب عنه بمعاينة الأعمال وتسلمها تسلماً ابتدائياً بحضور المقاول أو مندوبه ويحرر محضر من عدة نسخ حسب الحاجة عن عملية التسلم الابتدائي ويسلم للمقاول نسخة منه. وإذا كان التسلم قد تم بدون حضور

(٦٤٧) يراعى استخدام لفظ أكثر شمولًا من الهدم بحيث يشمل جميع أنواع العقود، فليست كل عقود الإنشاءات مباني، وإنما توجد عقود إنشائية تتعلق بعمليات تقنية وفنية وبالتالي كلمة هدم ليست موفقة في استخدامها أو يضيف إليها كلمة أخرى فتكون «يضمن المتعاقد ما يحدث من تهدم أو تعطل كلي أو جزئي».

المقاول رغم إخطاره بخطاب مسجل يتم إثبات الغياب في المحضر، وإذا تبين من المعاينة أن الأعمال قد تمت على الوجه المطلوب اعتبر تاريخ إشعار المقاول لصاحب العمل باستعداده للتســليم موعداً لإنجاز العمل وبدء فترة الصيانة، وإذا ظهر من المعاينة أن الأعمال لم تنفذ عــلى الوجه الأكمل، فيثبت ذلك في المحضر ويؤجل التســلم لحين إتمــام الأعمال المطلوب تنفيذها أو إصلاحها. وإذا تبين لدي التسلم الابتدائي أن هناك بنوداً أو أجزاء لم يقم المقاول بتنفيذهــا ورأت لجنة التســلم الابتدائي أن الأعــمال الناقصة لا تمنع مــن الانتفاع بالعمل واســتخدامه للغرض الذي أُنشــئ من أجله، فيجوز لصاحب العمل في هذه الحالة أن يعتبر الأعمال مسلمة ابتدائياً ويطلب من المقاول إكمال الأعمال الناقصة خلال مدة معقولة فإذا لم يقــم بذلك حق لصاحب العمل حســم قيمة هذه الأعــمال وتكليف غيره بتنفيذها على حسابه والرجوع عليه بفروق الأسعار».

وعن التسليم النهائي نصت المادة (٥٢) منه على أنه «قبل انتهاء فترة الصيانة بوقت مناسب، يقوم المقاول بإرســال إشــعار خطي إلى صاحب العمل لتحديد موعد المعاينة تمهيداً للتســلم النهائي، ومتى أسفرت هذه المعاينة عن مطابقة الأعمال للشروط والمواصفات يتم تسلمها نهائياً بموجب محضر يقوم صاحب العمل أو من ينوب عنه بتحريره من عدة نســخ حســب الحاجة ويجرى التوقيع عليه من قبل الطرفين أو من ينوب عنهما، ويعطى المقاول نسخة منه.

وإذا ظهر من المعاينة وجود نقص أو عيب أو خلل في بعض الأعمال ولو لم يتضمنه محضر التســليم الابتدائي فيؤجل التســلم وتمتد بذلك فترة الصيانة لحين استكمال النقص أو إصلاح العيب أو الخلل من قبل المقاول خلال مدة معقولة يحددها المهندس، فإذا انتهت المدة دون أن ينفذ المقاول ما عليه جاز لصاحب العمل حسبما يراه إجراء الإصلاحات اللازمة على نفقة المقاول وتحت مسؤوليته أو حسم قيمتها حسب قائمة الكميات والأسعار من الضمان».

وعن فترة الصيانة نصت المادة (٤١) منه على أنه:

أولاً- تعريف فترة الصيانة:

إن تعبير فترة الصيانة الواردة في هذه الشروط يعني الفترة المحددة في العقد والتي تبدأ من تاريخ التســلم الابتدائي حتى تاريخ التســلم النهائي، أما في حالة تجزئة التسلم الابتدائي فتحسب فترة الصيانة لكل جزء اعتباراً من تاريخ تسليمه الابتدائي.

ثانياً- تنفيذ أعمال الإصلاح وغيرها:

بما أن القصد هو تسليم الأعمال إلى صاحب العمل، عند انتهاء فترة الصيانة أو بأسرع وقت ممكن بعد انتهائها، وأن يكون هذا التسليم وهي بحالة من الجودة والإتقان يرضى بها المهندس، ولا تقل عن الحالة التي كانت عليها عند بدء فترة الصيانة، باستثناء ما قد ينجم عن الاستعمال والاستهلاك العاديين، فعلي المقاول أن يقوم بتنفيذ أي أعمال تصليح أو تعديل أو إعادة إنشاء أو تقويم ما يظهر من عيوب حسبما يطلب منه صاحب العمل أو المهندس خطياً أثناء فترة الصيانة أو عند التسليم النهائي. ومن المفهوم أن أعمال الصيانة لا تشمل إصلاح ما قد ينجم عن استعمال واستهلاك ما تم تسليمه إذا لم يكن ذلك ناشئاً عن عيب في الصيانة أو التنفيذ.

ثالثاً- تكاليف القيام بأعمال الإصلاح وغيرها:

علي المقاول أن يقوم بجميع أعمال الإصلاح على نفقته الخاصة إذا كان سبب تلك الأعمال يعود – حسب رأي المهندس- إلى أن المواد المستعملة أو أصول الصنع ليست موافقة للعقد، أو إذا كان السبب يعود إلى إهمال أو تقصير من جانب المقاول في تنفيذ أي التزام صريح أو ضمني مترتب عليه بموجب العقد.

رابعاً- معالجة تقصير المقاول في تنفيذ الأعمال المطلوبة من قبل المهندس:

«إذا امتنع المقاول عن القيام بأي من الأعمال المبينة في هذه المادة والمطلوبة من قبل المهندس فلصاحب العمل الحق في تنفيذ مثل هذا العمل بمعرفته أو بواسطة مقاولين آخرين ويستوفي من المقاول تكاليف العمل المذكور، وله أن يحسمها من المبالغ المستحقة الدفع للمقاول أو التي قد تصبح مستحقة الدفع له فيما بعد ...»[٦٤٨].

أما عقود التوريد فانها تنتهي باستلام المواد المتفق على توريدها، وتمر أيضاً عملية انتهاء تلك العقود بمرحلتين[٦٤٩]: مرحلة الاستلام المؤقت ومرحلة الاستلام النهائي، حيث تقوم الجهة باستلام الأصناف التي تحتاج إلى فحص استلاماً مؤقتاً. ويحرر بذلك إشعار استلام مؤقت،

---

(٦٤٨) راجع أيضاً المادة (٤٢) وما بعدها من عقد الأشغال العامة.

(٦٤٩) راجع المواد (١١١) إلى (١١٤) من اللائحة.

يوضح به ما تم توريده. ويعتبر تاريخ الاستلام المؤقت للأصناف في حالة قبولها هو تاريخ الاستلام النهائي.

ثم يلي ذلك الاستلام النهائي والذي تبدأ إجراءاته بإشعار المورد بموعد اجتماع لجنة الفحص والاستلام، لحضور إجراءات الفحص والاستلام النهائي، ويعتبر قرار اللجنة بقبول أو رفض الأصناف نافذاً بمجرد الموافقة عليه من قبل صاحب الصلاحية. وإذا رفضت لجنة الفحص صنفاً أو أكثر من الأصناف الموردة، يخطر المورد بخطاب مسجل بالأصناف المرفوضة، وأسباب رفضها، وبوجوب سحبها خلال سبعة أيام، وتوريد بديل عنها، وفي هذه الحالة لا تتحمل الجهة مسؤولية ما يحدث للأصناف من فقدان أو تلف بعد انتهاء المدة المحددة لسحبها. هذا وكما أشارت المادة (١١٥) من اللائحة أنه «إذا طلب المورد إعادة تحليل الأصناف المرفوضة لعدم مطابقتها للمواصفات، أو العينة المعتمدة، وقبل هذا الطلب فإنه يتحمل مصاريف التحليل، ما لم تكن النتيجة لصالحه».

وأما في عقود التنفيذ المستمر فإنه طبقاً للمادة (١١٠) من اللائحة «تكون الجهة لجنة فنية لمعاينة الأعمال واستلامها بعد انتهاء مدة العقد، بموجب محضر يوقع عليه المتعاقد أو ممثله. وإذا وجد أي تقصير أو نقص في تنفيذ الأعمال، يلتزم المتعاقد باستكمال تنفيذها، وإذا لم يلتزم بذلك، تنفذ على حسابه، بعد إنذاره، بالطريقة التي تراها الجهة مناسبة، بما لا يتجاوز الأسعار السائدة».

ويمكن القول إن كل عقد يتم تنفيذه وفقاً لشروطه ويسلم في مواعيده المحددة نظاماً أنه بذلك يكون قد انتهى نهاية طبيعية.

ثانياً: النهاية غير الطبيعية للعقود الإدارية:

تتعدد حالات نهاية العقد نهاية غير طبيعية والجامع بينها أنها تؤدي إلى إنهاء العقد قبل أوانه وتتمثل هذه الحالات في إنهاء العقد بالاتفاق، أو بقوة النظام، أو عن طريق القضاء، أو بالإرادة المنفردة للإدارة.

وينتهي العقد في الحالة الأولى باتفاق الإدارة والمتعاقد معها، ذلك أن إلزام العقد إنما يعود إلى رضاء طرفيه فإذا التقت هذه الإرادة على إنهاء العقد جاز لها ذلك، ولكن لابد

لصحـة هـذه الإرادة أن تصدر من صاحـب الصلاحية في إبرام العقـد، وعلى الأقل بنفس الإجـراءات المحـددة لإبرامه[٦٥٠]، وفي ذلك قـضى ديوان المظالم بأنـه «وحيث إن المدعية تقدمت بخطابها سـالف الذكر إلى المدعى عليهـا وطلبها إلغاء عقدها المبرم معها وموافقة الأخـيرة عليه مما يعني إقالتها من العقد، ولا يعد من باب الفسـخ بإرادة الإدارة المنفردة والذي يتخذ على أسـاس أنه جزاء المتعاقد عند إخلاله بالتزاماته العقدية إخلالاً جسيماً، إذ إن الإلغاء جاء بعد طلب من المدعية، وإذ قابل الإيجاب قبولاً من المدعى عليها فكان إنهاء العقـد بإرادتي طرفي العقد لا بالإرادة المنفردة، وبناءً عليه وحيث إن الفسـخ قد تم بإرادة الطرفين فالمؤجر لا يسـتحق إلا قيمة الأجرة التي مكثها المستأجر فقط، أما بقية الضمانات فإنه يجب إعادتها إلى المدعية».

أمـا نهاية العقد بقـوة النظام فتعود إلى هلاك محل العقد بسـبب خارجي عن إرادة طرفيـه، أو لوجـود نصوص نظامية أو عقدية توجب الإنهاء عند توافر أسـباب معينة، وفي هذه الحالات يتحقق فسـخ العقد بقوة النص من تاريخ تحقق أسبابه، أما الفسخ القضائي، فإنـه يعود تقريره إلى القضاء بطلب من المتعاقد، نتيجة إخـلال الجهة الإدارية بالتزاماتها المقررة نظاماً، وقد تم تفصيل ذلك سابقاً عند تناول حقوق المتعاقد.

وأخيراً نهاية العقـد من قبل الإدارة بإرادتها المنفردة والذي يكون إما لإخلال المتعاقد بالتزاماتـه التعاقدية - وقد أشـارت إلى ذلك المادة (٥٣) مـن النظام والتي ذكرناها عند حالات سـحب العمل بما يغني عن إعادتها هنا- وإما تحقيقاً للمصلحة العامة التي ترى أنها تتفق مع نهاية العقد لا إتمامه، كما أن الإدارة تسـتطيع اسـتعمال هذه السـلطة في الوقـت الذي يرفع فيه المتعاقد دعوى لفسـخ العقد، وذلك نظـراً لاختلاف الآثار المترتبة على كل منهما وهو ما قرره الديوان بقوله: «إقامة المقاول دعوى أمام الديوان يطلب فيها فسخ العقد بسبب خطأ جهة الإدارة لا يمنع رفع الدعوى جهة الإدارة من أن تفسخ العقد وفقاً لسـلطتها التقديرية المقررة نظاماً ...»[٦٥١]. وقد تم تفصيل ذلك عند تبيان سـلطات الإدارة.

(٦٥٠) راجع د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص٧٣٧.

(٦٥١) راجع حكم هيئة التدقيق ١٦٧/ت/١ لعام ١٤١٢هـ مجموعة القضاء الإداري، مرجع سابق، ص١٥٤.



الباب الرابع

منازعات العقود الإدارية



بــإذن الله تعــالى نتناول في هذا البــاب تحديد المنازعــات المتعلقة بالعقــود الإدارية وإجراءاتهــا والآثار المترتبة عليها، وتتعــدد هذه المنازعات بداية مــن الإعلان عن العملية العقدية، مــروراً بتكوين العقد وتنفيذه وانتهاءً بانقضائــه، وبتعدد هذه المنازعات تتعدد إجراءاتها وكذا الآثار المترتبة عليها.

وجميعها يختص بنظرها ديوان المظالم وفقاً لما تمت إليه الإشارة سابقاً في أنظمة الديوان دون النظر إلى طبيعتها فالديوان يختص بنظر منازعات العقود التي تبرمها الجهات الإدارية أياً كانت طبيعتها.

هــذا والتحكيم(٦٥٢) في منازعات العقود الإدارية طريق اســتثنائي ولا يتم اللجوء إليه إلا بإذن من رئيس مجلس الوزراء حيث نصت المادة ٢/١٠ من نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملــكي رقم م/٣٤ وتاريخ ١٤٣٣/٥/٢٤ هـ (٦٥٣) على أنه «لا يجوز للجهات الحكومية الاتفاق على التَحكيم إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، ما لم يرد نص نظامي خاص يجيز ذلك».

هذا ويشترط لصحة التحكيم شروط أشارت إليها المادة (٩) من النظام فنصت على أنه " - يجوز أن يكون اتفاق التحكيم ســابقاً على قيام النزاع ســواءً أكان مستقلاً بذاته، أم ورد في عقد معين.

كــما يجوز أن يكون اتفاق التحكيم لاحقًا لقيام النزاع، وإن كانت قد أقيمت في شــأنه دعوى أمام المحكمة المختصة، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم، وإلا كان الاتفاق باطلاً.

٢- يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبًا، وإلا كان باطلاً.

٣- يكــون اتفاق التحكيــم مكتوبًا إذا تضمنه محرر صادر من طرفي التحكيم، أو إذا تضمنه ما تبادلاه من مراســلات موثقة، أو برقيات، أو غيرها من وسائل الاتصال الإلكترونية، أو

(٦٥٢) عرفت المادة الأولى من نظام التحكيم اتفاق التحكيم والمحكم فنصت على أنه «

١- اتفاق التحكيم: هو اتفاق بين طرفين أو أكثر على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشــأ بينهما في شــأن علاقة نظامية محددة، تعاقدية كانت أم غير تعاقدية، سواءً أكان اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد، أم في صورة مشارطة تحكيم مستقلة.

٢-هيئة التحكيم: هي المحكم الفرد أو الفريق من المحكمين، الذي يفصل في النزاع المحال إلى التحكيم.

(٦٥٣) نشر بجريدة أم القرى بتاريخ ١٤٣٣/٧/١٨هـ الموافق ٢٠١٢/٦/٨، السنة ٩٠، العدد ٤٤١٣.

المكتوبة، وتعد الإشارة في عقد ما، أو الإحالة فيه إلى مستند يشتمل على شرط للتحكيم، بمثابــة اتفاق تحكيم. كما يُعــد في حكم اتفاق التحكيم المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحــكام عقد نموذجي، أو اتفاقيــة دولية، أو أي وثيقة أخــرى تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءًا من العقد».

واستكمالاً لتلك الأحكام نصت المادة (١١) على أنه:

١- يجــب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد في شــأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم جواز نظر الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى.

٢- لا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم، أو الاستمرار فيها، أو إصدار حكم التحكيم."

وعليه فإن التحكيم هو طريق استثنائي محدود وللغاية في منازعات الجهات الإدارية.

وعليــه نتناول منازعات العقــود الإدارية في فصلين: يكون الفصــل الأول عن منازعات العقــود المنفصلة عن العقــد الإداري، والثاني يكون عن المنازعــات المتعلقة بتكوين العقد الإداري، والمنازعات المتعلقة بالقرارات المتصلة بالعقد الإداري، وبيان ذلك كما يلي:

الفصل الأول

المنازعات المنفصلة عن العقد الإداري

ونتناول هذا الفصل من خلال تحديد ماهية القرارات المنفصلة وذلك في المبحث الأول، وفي المبحث الثاني نتناول الآثار المترتبة على ذلك، وذلك كما يلي:

المبحث الأول

ماهية القرارات المنفصلة:

أولاً: تعريف القرارات المنفصلة:

إن الإدارة وهـي في سـبيل إبرام عقودها تقوم بمجموعة من الأعـمال القانونية تطبيقاً للنصـوص النظامية، وتتمثل هذه الأعمال القانونية في مجموعة من القرارات التي تصدرها الإدارة بإرادتها المنفردة بما يحقق فيها ماهية القرار الإداري الذي هو إفصاح الجهة الإدارية بإرادتها المنفردة بما لها من سلطة عامة بمقتضى الأنظمة واللوائح بقصد إحداث آثار قانونية متـى كان ذلـك ممكناً وجائـزاً نظاماً، ولأن هـذه القرارات وإن كانت داخلـة في العملية التعاقدية وممهدة لها إلا أنه يمكن فصلها عنها، لذلك جاءت تسـميتها بالقرارات المنفصلة عن العملية التعاقدية، وهذه التسـمية ليسـت خاصة بالعقـود الإدارية وإنما هي تنطبق على القرارات التي تدخل في عملية قانونية مركبة ويمكن فصلها عنها، وبالتالي فإن القرارات المنفصلـة عموماً هـي قرارات إدارية تكون جـزءاً من بنيان عملية قانونيـة وتكون قابلة للانفصال عنها[٦٥٤].

فالقرارات المنفصلة في العقود الإدارية هي تلك القرارات التي تسـهم في تكوين العقد والتـي هي بطبيعتهـا تنفرد عنه وتحمل خصائـص القرارات الإدارية كونهـا تصدر بإرادة منفردة وتحدث آثاراً قانونية[٦٥٥].

وبعبارة أكثر تفصيلاً يعرفها البعـض بأنها «تصرفات قانونية تصدر من جانب الإدارة بمفردها أو السـلطات العامة بصفة عامة في إطار عملية مركبة، مع إمكان تجنيب هذه التصرفات لتمثل على حده قرارات قائمة بذاتها وصالحة لترتيب أثر قانوني معين كتصرف قانـوني فردي مكتمل ونهـائي في حد ذاتـه دون أن يخل ذلك بباقـي المكونات الأخرى للعمليـة ودون أن يؤثر عـلى كيان العملية ذاتها أو يعطل أو يحـول دون ترتيب الآثار

(٦٥٤) راجع د. عبد الحميد كمال حشـيش، القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة (دراسـة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي)، ج١، ص٣.

(٦٥٥) راجـع د. محمد أنس جعفر، القـرارات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهـرة، ٢٠٠٥، ص٥٨،٥٩، ود. جمال عباس عثمان، النظرية العامة، مرجع سابق، ص١٦٨، د. محمد عبد العال السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء مرجع سابق، ص٣٥.

القانونية المرجوة من ورائها أي النتائج القانونية التي من أجلها قامت الإدارة بإتمام هذه العملية[٦٥٦].

وبعبارة موجزة فإن القرارات المنفصلة هي تلك القرارات التي تدخل في العملية التعاقدية، تفصح بها الجهة الإدارية بإرادتها المنفردة بقصد إحداث آثار قانونية نهائية بعيداً عن منطقة العقد.

وقد أخذ القضاء السعودي بنظرية القرارات المنفصلة عن العقد في العديد من أحكامه حيث قضى بأنه "لما كانت المدعية تهدف إلى إلغاء قرار المدعى عليها المتضمن ترسية المنافسة محل الدعوى للمتقدم المنافس، فإن الدعوى تغدو من قبيل الطعن في القرارات الإدارية وفقاً لما استقرت عليه أحكام القضاء الإداري من اعتبار قرار الترسية من القرارات المنفصلة عن العقد الإداري والتي تثير دعاوى الإلغاء"[٦٥٧].

وفي حكم آخر قضى الديوان بأنه "حيث إن المدعي يهدف من إقامة دعواه الحكم بإلغاء قرار المدعى عليها رقم (...) المتضمن استبعاد موكله من مزايدة (...) ومن ثم فإن هذه الدعوى حسب التكييف النظامي لها تعتبر من قبيل دعاوى إلغاء القرارات الإدارية النهائية وتختص المحاكم الإدارية بنظرها وفقاً للمادة ١٣/ب من نظام ديوان المظالم "[٦٥٨].

وفي القرارات المنفصلة قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه " ينبغي في ضوء تنظيم عملية العقد الإداري المركبة التفرقة بين نوعين من القرارات التي تصدرها الجهة الإدارية، النوع الأول: وهو القرارات التي تصدرها أثناء المراحل التمهيدية للتعاقد وقبل إبرام العقد وهي تسمى القرارات المنفصلة المستقلة ومن هذا القبيل ... والقرار الصادر باستبعاد أحد المتناقصين ... فهذه القرارات هي قرارات إدارية نهائية شأنها شأن أي قرار إداري نهائي، وتنطبق عليها جميع الأحكام الخاصة بالقرارات الإدارية النهائية. والنوع الثاني: وينتظم

---

(٦٥٦) راجع د. جورج شفيق ساري، القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٤٣،٤٤.

(٦٥٧) المحكمة الإدارية الحكم رقم ١٤٣٢/٢/٢/٢١٠هـ في القضية رقم ٢/١٥٢/ق/١٤٣٢، المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٢/٩٣ لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم ٨٣/ق لعام ١٤٣٣هـ (حكم غير منشور).

(٦٥٨) المحكمة الإدارية الحكم رقم ١٤٣٢/١/١هـ في القضية رقم ٢/٣٣٠١/ق/١٤٣١، المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٢/٧ لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم ١٩٥/ق لعام ١٤٣٣هـ (حكم غير منشور).

القرارات التي تصدرها الجهة الإدارية تنفيذاً لعقد من العقود واستناداً إلى نص من نصوصه كالقرار الصادر بسحب العمل ممن تعاقد معها ... فهذه القرارات يختص القضاء الإداري بنظر المنازعات التي تثور بشأنها لا على أساس اختصاصه بنظر القرارات الإدارية النهائية وإنما على أساس اعتباره المحكمة ذات الولاية الكاملة بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية»[٦٥٩].

وقضت أيضاً بأنه «ينبغي التمييز في مقام التكييف بين العقد الذي تبرمه الإدارة وبين الإجراءات التي يمهد بها لإبرام العقد، مثل هذه الإجراءات ما يتم بقرار إداري من الجهة الإدارية المختصة كوضع الإدارة لشروط المناقصة أو المزايدة وقرارات لجنة البت والقرار بإرساء المناقصة أو المزايدة...»[٦٦٠].

وعليه فإن القرارات المنفصلة هي قرارات إدارية تستجمع خصائص تدخل في العملية العقدية لكنها تستقل عنها بطبيعتها، ومن ثم يمكن الطعن عليها بالإلغاء استقلالاً عنها.

ثانياً: صور القرارات المنفصلة:

كما تمت الإشارة فإنه عندما تتعاقد الإدارة بالأساليب التي وضعها النظام فانها تمر بمجموعة من الإجراءات وصولاً إلى إبرام العقد، وهذه الإجراءات تقتضي من الإدارة إصدار العديد من القرارات التي تدخل في بنيان العملية التعاقدية حيث لا يتصور إبرام العقد بدونها غير أنه يمكن فصلها عنه[٦٦١].

إن هذه القرارات تتخذ صوراً عديدة ويمكن أن نحدد مراحلها فيما يلي:

- القرارات السابقة على إبرام العقد.

- القرارات المقترنة بإبرام العقد.

---

(٦٥٩) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٦٦٦ /٢٤ ق بجلسة ١٩٧٩/٤/١٤، وراجع أيضاً الحكم في القضية رقم ٤٥٦،٣٢٠ لسنة ١٧ق، بجلسة ١٩٧٥/٤/٥، المجموعة ١/٢٠، ص٣٠٨.

(٦٦٠) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٤٤٨ لسنة ٣١ ق، بجلسة ٣١ يناير ١٩٩٣، المجموعة ١/٣٨، القاعدة ٦٣، ص٦١٢.

(٦٦١) راجع د. عبد الحميد كمال حشيش، مرجع سابق، ص١٠٩/٥٤٧.

تانك المرحلتان وإن كانتا هما الصورة الأكثر وضوحاً وشـيوعاً للقرارات المنفصلة، إلا أنه توجد صـورة أخرى قليلة الحدوث وهي إمكانية وجود القـرارات المنفصلة اللاحقة بإبرام العقد.

١- القرارات السابقة على إبرام العقد.

عديدة هي تلك القرارات السابقة على إبرام العقد لذا فاننا سنتناول ما يكون أمثلة لها في النظام السعودي مع تطبيقاتها القضائية.

- القرار الصادر بالإعلان عن المنافسة.
- القرار الصادر باستبعاد بعض العطاءات.
- القرار الصادر بحرمان بعض الأشخاص من الدخول في المنافسات.
- القرار الصادر بإلغاء المنافسة.
- القرار الصادر بمصادرة الضمان الابتدائي.

القرار الصادر بالإعلان عن المنافسة:

تلتزم الإدارة بالإعلان عن المنافسات العامة وفقاً للشروط التي حددها النظام فإن هي خالفـت تلك الشروط التي نص عليها النظام جاز الطعن بالإلغاء في قرار الإعلان لتأثيره في المراكز القانونية، كأن يكون صادراً محدداً مدة تقل عن المدة النظامية لتقديم العطاءات، أو مشـترطاً تأهيلاً أو تصنيفاً معيناً، فإنه في هذه الحالة يمكن الطعن عليها بالإلغاء، ومن التطبيقـات القضائية في ذلك ما قضى به ديوان المظالم بحكمـه أنه «فيما يتعلق بمطالبته بإلغـاء قرار الترسـية فإن الثابت أن المدعى عليها قد أعلنت عـن رغبتها لتأجير أرض على شـاطئ الشـقيق لتنفيذ مشروع سـياحي ضمن مشـاريع أخرى، وتم الإعـلان بالجريدة الرسـمية جريدة أم القرى وعدد من الجرائد المحلية وقـد اتضح للدائرة من الاطلاع على صـور الإعلانات أنه قد تم تحديـد آخر موعد لتقديم العطاء بتاريـخ ١٤٢٦/٣/١هـ وأن موعـد فتح المظاريف بتاريـخ ١٤٢٦/٣/٢هـ دون ذكر اليوم وذلـك بجريدة أم القرى أما الإعلانات الأخرى بالجرائد الأخرى فقد حدد آخر موعد لتقديم العطاء يوم السبت الموافق

١٤٢٦/٣/١هـ وحدد موعد فتح المظاريف في يوم الأحد الموافق١٤٢٦/٣/٢هـ وحيث إن يوم السبت الوارد في الإعلان لم يكن موافقاً لتاريخ ١٤٢٦/٣/١هـ بل هو يوافق ١٤٢٦/٢/٣٠هـ ويـوم الأحد يوافـق ١٤٢٦/٣/١هـ وليس كما ورد في الإعلان الـوارد بالجرائد غير الجريدة الرسـمية. وحيث إن المتفق عليه بين طرفي الدعوى أن المدعي قد أحضر عطاءه للأمانة في يـوم الأحـد الموافق ١٤٢٦/٣/١هـ إلا أنه لم يتم قبوله منـه بحجة أن هذا اليوم هو اليوم المحدد لفتح المظاريف، وأن المدعي عندما رفضت الأمانة الاسـتلام منه لجأ للبريد السريع حيث تم إيصال عطائه واستلامه بنفس يوم الأحد الموافق ١٤٢٦/٣/١هـ، وحيث إن الأمانة قـد بررت هـذا الخطأ الحاصل بالإعـلان في الجرائد الأخرى بأنها قـد قامت بالإعلان عن المزايدة في العام السابق حيث تم الإعلان بتاريخ ١٤٢٥/١٢/٢٢هـ قبل صدور التقويم لعام ١٤٢٦هـ، وحيـث إن الدائرة ترى أن هذا التبرير لا وجاهة له البتة إذ إن التقويم المعتمد وهو تقويم أم القرى مطبوع لسنوات قادمة عديدة، وكان المتعين على المدعى عليها التأكد منه لا سـيما وأنه يترتب على إعلاناتها الدخـول في التزامات مالية وتعاقدية ... وحيث إن المعتمد الأخذ به هو الإعلان الوارد بالجريدة الرسمية والذي حدد التاريخ ولم يحدد اليوم، وحيـث ثبت مـن محضر لجنة فتح المظاريف أن المدعى عليهـا قد قامت فتح المظاريف بتاريـخ ١٤٢٦/٣/١هـ مخالفة بذلك الإعـلان الصادر منها والذي جعلت فيه المدعى عليها تاريخ ١٤٢٦/٣/١هـ هو اليوم المحدد ليكون آخر موعد لتقديم العطاء ويوم ١٤٢٦/٣/٢هـ هو اليوم المحدد لفتح المظاريف.

وحيث إن المدعى عليها بهذا قد خالفت ما نصت عليه لائحة التصرف بعقارات البلدية والتعليـمات المنفذة لها والتي تضمنتـا ضرورة أن يتم تحديد مكان وزمان تقديم العروض وتاريخ فتح المظاريف، وذلك لضمان حق الدخول في المزايدة العامة لجميع المستثمرين مع توفير فرص ومعاملة متساوية.

وحيث إن مخالفة المدعى عليها لهذا الأمر يستلزم القضاء بإلغاء خطاب الترسية الصادر منهـا وذلك لعدم التزام المدعى عليهـا بالإعلان وفقاً لما جاء باللائحة والتعليمات التنفيذية لها..»[٦٦٢].

(٦٦٢) راجـع حكم المحكمة الإدارية رقم ١٨٤/د/إ/١ لعـام ١٤٣٢هـ في القضية رقم ٤/١١٦/ق لعام ١٤٢٧هـ المؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ٢/٢٥ لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم ١٤٠٧ /ق لعام ١٤٢٨هـ (حكم غير منشور).

وأيضـاً ما قضى به الديوان أنه «وحيث إن المدعي يهدف من دعواه إلى إلغاء قرار عدم ترسـية منافسـة تأمين الغازات المضغوطـة، على شركته عليه تكون الدعـوى داخلة ضمن اختصـاص ديوان المظالم بموجب المادة ١٣/ب من نظامه، وحيث إن المدعية عندما طرحت المنافسـة وضعـت لها شروطاً وكان ضمن هذه الشروط مـا ورد في المادة (٣٤) والتي تنص عـلى أنه (يلتزم المتعهد عند تقديم المنافسـة بتزويد ... بشـهادة النوعيـة (أيزو) للشركة وللمصنع المنتج للغازات الصناعية ويستبعد من له سابقة أو ملاحظة من قبل وزارة التجارة والصناعة) وحيث إن المدعية لم تقدم شهادة الأيزو المطلوبة بداية تقديمها، وتم منحها ثلاثة أيام إلا أنها لم تقدمها، فعليه تكون لم تسـتوف الشروط المطلوبة عند تقدمها للمنافسـة، مـما تنتهي معه الدائرة إلى صحة ما قامت به المدعى عليها ورفض دعوى المدعي. ولا ينال من ذلك ما ذكره المدعي من أن المادة الخامسـة والسـتين من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية نصت على أنه يجب على الجهة الحكومية عند إعداد مواصفات وشروط المنافسة أن تكون محققة للمصلحة العامة ولا تكون معدة لتتطابق مع منتجات أو خدمات مماثلة لشركـة أو موردين بعينهم) لكون شرط شـهادة الأيزو ليـس خاصاً بشركة أو مورد بل هي متاحـة للجميع، كـما لا ينال من ذلك ما ذكـره المدعي من أن المادة الرابعة والخمسـون بعد المئة أحكام عامة من النظام سـالف الذكر[٦٦٣] نصت على أنه "لا يجوز تضمين شروط المنافسـات والمشتريات ووثائق العقود التي تبرمها الجهات الحكومية نصوصاً تخالف نظام المنافسـات والمشـتريات الحكومية أو هذه اللائحة وتعتبر أحكامها مقدمة في التطبيق على تلك الوثائق والمستندات" لكون الشرط الذي وضعته المدعى عليها لا يخالف أياً من نصوص النظام كما أن نظام المشـتريات وضع نصوص النظام العامة، ويجوز للجهة أن تضع شروطاً خاصة وذلك حسـبما جاء في المادة (٦٤) من أحكام عامة من نفس النظام على أنه" يجب أن يكون التعاقد على أسـاس شروط ومواصفات فنية دقيقة ومفصلة مطابقة للمواصفات القياسـية المعتمدة أو المواصفـات العالمية فيما ليس له مواصفـات معتمدة" لذلك وبعد المداولة حكمت الدائرة برفض الدعوى..»[٦٦٤].

---

(٦٦٣) هذه المادة توجد في اللائحة.

(٦٦٤) راجـع حكم المحكمة الإدارية رقم ٢٨٥/د/إ/٣ لعام ١٤٣١هـ في القضية رقم ١/١٦٥٤/ق لعام ١٤٣٠هـ المؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ٢/٢٣٠ لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم ١٦٥٥/ق لعام ١٤٣٢هـ (حكم غير منشور).

- **القرار الصادر باستبعاد بعض العطاءات:**

تتعدد صور الاستبعاد سواءً كانت لمخالفة الشروط التي وضعتها الجهة الحكومية أو لسلطتها التقديرية في تقدير إمكانية المتنافس في تنفيذ العقد حتى لو استكمل تلك الشروط، وفي هذه الصور يمكن الطعن بالإلغاء في قرار الاستبعاد، ومن التطبيقات القضائية في ذلك ما قضى به ديوان المظالم بأن «المدعي وكالة يهدف من إقامة دعواه الحكم بإلغاء قرار المدعى عليها المتضمن استبعاد موكلته من المنافسة الخاصة بإحلال نظام التكييف بالمبنى الرئيس، وترسيتها على شركة (...) ومن ثم فإن الدعوى والحالة هذه تعد داخلة في اختصاص المحاكم الإدارية ولائياً وفقاً للمادة ١٣/ب من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ التي نصت على اختصاصها بالفصل في دعاوى إلغاء القرارات الإدارية النهائية التي يقدمها ذوو الشأن متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص أو وجود عيب في الشكل، أو عيب في السبب، أو مخالفة النظم واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها، أو إساءة استعمال السلطة، وبما أن الثابت أن سبب الاستبعاد المخالفة للشروط والمواصفات، حيث إنه طبقاً لما ورد بمحضر اللجنة الفنية الخاصة بالمنافسة من أن عطاء الشركة المدعية جاء مخالفاً في بنود كثيرة مثل، كل ذلك مخالف للشروط والمواصفات الخاصة بالمنافسة، وعليه فقد أوصت لجنة فحص العروض باستبعاد العطاء المقدم من قبل الشركة المدعية وبترسيته على شركة ... لمطابقته للشروط والمواصفات ومناسبته من حيث السعر والجودة باعتباره العطاء الثاني بعد الشركة المدعية بعد استعانتها بتقرير الفنيين المتخصصين وفقاً لأحكام النظام، وعليه فإن الدائرة تقضي بسلامة وصحة قرار المدعى عليها باستبعاد الشركة المدعية وترسية المنافسة على شركة (...) لاتفاقه مع صريح نصوص النظام وانسجامه مع سلطتها التقديرية في تفضيل أنسب العروض من الناحية الفنية، المطابق للشروط والمواصفات بما لا معقب عليها ما لم تتعسف أو تخالف نصاً وهو ما لم يثبت في الدعوى... مما تكون معه الدعوى حرية بالرفض»[٦٦٥].

وقضى الديوان أيضاً أنه "حيث يهدف المدعي من إقامة دعواه الحكم بإلغاء قرار المدعى عليها رقم (...) وتاريخ (...) المتضمن استبعاد موكلته من مزايدة تطوير الموقع

(٦٦٥) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ٢٠٢/د/إ/٢ لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم ١٠/٤٣٣٧/ق لعام ١٤٣٢هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٢/٥٩١ لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم ٢٦٩٨/ق لعام ١٤٣٣هـ (حكم غير منشور).

التجـاري (...) ومن ثم فإن الدعوى حسـب التكييف النظامي لهـا تعتبر من قبيل دعاوى إلغـاء القـرارات الإدارية النهائية التي يقدمها ذوو الشـأن، متـى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص، أو وجود عيب في الشـكل، أو عيب في السـبب، أو مخالفة النظم واللوائح، أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها، أو إساءة استعمال السلطة ... وحيث عن موضوع الدعوى فإن قرارات الحرمان أو الاستبعاد من المنافسة العامة تخضع خضوعاً تاماً لرقابة القضاء الإداري باعتبارها قراراً إدارياً منفصلاً يجوز الطعن فيه اسـتقلالاً وإلغاؤه عن طريق دعوى الإلغاء ... مـن كل ذلك يتضـح أن المنظم نص صراحة على وجوب تقديم ضمان مصرفي (بنكي) مع عـروض عقود المزايـدات (...) وترتيباً عليه وبما أن الثابت وفقـاً لإقرار وكيل المدعي ووفقاً لمحـضر لجنة فتح المظاريف رقم (...) وتاريخ ... ومحضر لجنة الاسـتثمار رقم (...) وتاريخ (...) أن المدعي تقدم للمزايدة مرفقاً شـيكاً مصدقاً دون إرفاق ضمان بنكي وعليه فإن قرار المدعى عليها يقع صحيحاً سليماً موافقاً لصريح نصوص النظام..»[٦٦٦].

- القرار الصادر بحرمان بعض الأشخاص من الدخول في المنافسات:

يشـير البعض من الفقه بداية أن القرار الصادر بحرمان بعض الأشخاص من الدخول في المنافسات هو قرار مستقل بذاته وليس قراراً منفصلاً عن العملية التعاقدية إذا كانت ذات محمول عام، إذ لا تعدو في هذه الحالة سوى كونها قراراً مستقلاً ولا تعد جزءاً من العملية التعاقديـة التي ثار النزاع بمناسـبتها إذ هـي قرارات عامة في التطبيـق على هذه العملية التعاقدية وغيرها[٦٦٧].

ويؤيد البعض هذا الرأي باعتبار أن هناك فرقاً بين الحرمان والشـطب وبين الاسـتبعاد، فالأول هو إجراء شـخصي ينطبق على شـخص معين بالذات سـواءً كان شـخصاً طبيعياً أو معنوياً، بخلاف الاستبعاد فهو إجراء موضوعي ينطبق على العطاءات وليس على الأشخاص، والإجـراء حرمان عام ينصب على عدد غير محدد من المناقصات والمزايدات، وقد يذهب في بعض الأحيان إلى كل المناقصات والممارسات الحكومية ويلزم لتنفيذه إصدار قرارات إدارية

(٦٦٦) راجـع حكـم المحكمة الإدارية رقم ١/د/إ/١ لعـام ١٤٣٢هـ في القضية رقم ٢/٣٣٠١/ق لعـام ١٤٣١هـ المؤيد من محكمـة الاسـتئناف الإداريـة بالحكم رقم ٢/٧ لعام ١٤٣٣هـــ في القضية رقم ١٩٥/ق لعـام ١٤٣٣هـ (حكم غير منشور).

(٦٦٧) راجع د. عبد الحميد كمال حشيش، مرجع سابق، ص١١٠/٥٤٨.

فردية باستبعاد العطاءات المقدمة بالمخالفة لأوامر الحرمان، وقد يكون لمدة معينة أو بدون تحديد مدة معينة، أما الاستبعاد فهو إجراء فردي يصدر في كل مرة على حده بمناسبة مناقصة أو مزايدة معينة بذاتها، ويكون محله استبعاد أحد العطاءات المقدمة لمخالفته للشروط المقررة كإجراء وقائي(٦٦٨).

في حين يرى البعض من الفقه على العكس تماماً أن هذا النوع من القرارات يعد تطبيقاً كاملاً لنظرية القرارات المنفصلة، حيث إنه لا يمكن أن يثور الطعن فيها بالإلغاء إلا بمناسبة عقد من العقود التي استبعد منها الطاعن، وإذا صح أنها قرارات عامة يجاوز سريانها مدة العملية التعاقدية فإنها أيضاً لا تثور إلا بمناسبة عملية عقدية أخرى والقضاء مستقر على قبول الطعن في هذا النوع من القرارات(٦٦٩).

وأعتقد أن اعتبار كون قرارات الحرمان والاستبعاد قرارات قابلة للانفصال من عدمها لا يعتمد على التفرقة بين طبيعة الفرق بين كل منها، وإنما الاعتبار يستند على مدى تعلق هذه القرارات بالعملية التعاقدية ذاتها أم لا، فإن كانت متعلقة بالعملية التعاقدية ذاتها وقابلة للانفصال عنها كانت قرارات منفصلة، وإن لم تكن متعلقة بالعملية التعاقدية وخارجة عنها باعتبارها قرارات صادرة من جهات مستقلة فإنها قرارات مستقلة عن العملية التعاقدية، على أنه يجب مراعاة أن الحرمان كما قد يكون جزائياً قد يكون وقائياً ويصدر تقريره من النظام نفسه، وذلك في بعض الحالات التي نصت عليها اللائحة في المادة (١٣) منها بشأن الممنوع التعامل معهم والتي سبق بيانها من قبل.

ومن تطبيقات الديوان في هذا الشأن ما قضى به أن «قرارات الحرمان أو الاستبعاد من المنافسة العامة تخضع خضوعاً تاماً لرقابة القضاء الإداري باعتباره قراراً إدارياً منفصلاً يجوز الطعن فيه استقلالاً وإلغاؤه عن طريق دعوى الإلغاء. قضاء الإلغاء هو بالأساس قضاء مشروعية وذلك من جهة تسليط رقابة القاضي على القرارات الإدارية المطعون فيها استظهاراً لمدى انضباطها داخل أطر المشروعية الحاكمة وذلك بوزنها بميزان القسط والعدل

(٦٦٨) راجع د. محمد أحمد إبراهيم المسلماني، القرارات الإدارية القابلة للانفصال في العمليات القانونية المركبة دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠١٤، ص٨٣،٨٤. وراجع د. أحمد عثمان عياد، مرجع سابق، ١٩٧٣، ص١٥١،١٥٢.

(٦٦٩) راجع د. محمد عبد العال السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء، مرجع سابق، ص٤٥.

على هدي من الشرع والنظام، فيلغيها القضاء إن تحقق له مجاوزة القرار لإحدى تلك الأطر المنظمة، ما يتحقق معه العدل التام واستقرار النظام العام، والحفاظ على مبدأ المشروعية، وحماية الدولة بحماية أنظمتها من الاعتداء والتجاوز. المستقر قضاءً أن سلطة الإدارة في الحرمان أو الاستبعاد من المنافسات العامة هي سلطة تقديرية لا تحكمية، يحدها النظام وعيب إساءة استعمال السلطة»[٦٧٠].

- القرار الصادر بإلغاء المنافسة:

قد ترى الجهة الإدارية في أي مرحلة وقبل إبرام العقد أن تلغي المنافسة للأسباب التي حددها النظام، وفي هذه الحالة تقوم بإلغاء المنافسة، ويبدو من هذه الحالة أنها لا تنتمي إلى القرارات المنفصلة لأنه لن تكون هناك عملية عقدية أصلاً، وبالضرورة لا تنتمي إلى القرارات المتصلة بالعقد حيث لا يوجد عقد يمكن تصنيف القرار على أساسه، غير أنه يمكن القول إنها إلى القرارات المنفصلة أقرب، وتحسب عليها لأنها في النهاية داخلة في عملية إجرائية بمناسبة عملية عقدية تمهيدية وليست مستقلة عنها.

ومن التطبيقات القضائية ما قضى به الديوان أنه «ولما كان المدعي قد حصر دعواه في طلب إلزام المدعى عليها ترسية المناقصة عليه فإن حقيقة دعواه هي الطعن في محضر لجنة فحص العروض المؤرخ في (...) المتضمن إلغاء الترسية، فإن الدعوى بناءً على تكييفها الصحيح تعتبر من دعوى الإلغاء في القرارات الإدارية ومن ثم تدخل في اختصاص الديوان ولائياً طبقاً للمادة ١٣/ب من نظام ديوان المظالم (...) وحيث إنه عن الموضوع فالثابت من خلال مطالعة أوراق القضية أن المدعى عليها قد طرحت منافسة عامة ... وقد تقدم المدعي بعطائه ضمن من تقدم لذلك وبناءً على محضر اللجنة الفنية والمالية وتحليل العروض المقدمة للمنافسة المؤرخ في (...) فقد رأت أن العرض المقدم من المدعي مطابق للشروط والمواصفات والسعر مناسب وترى إحالة كامل المعاملة إلى لجنة البت والترسية، وبعد ورود المعاملة من لجنة البت والترسية أصدرت محضرها رقم (...) المتضمن إلغاء المنافسة لوجود خلافات لم تنتهي مع بعض الجهات الحكومية، وحيث إن نظام المنافسات والمشتريات

(٦٧٠) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ١/د/إ/١ لعام ١٤٣٢هـ في القضية رقم ٢/٣٣٠١/ق لعام ١٤٣١هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٢/٧ لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم ١٩٥/ق لعام ١٤٣٣هـ (حكم غير منشور).

الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥٨ وتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ قد نص في المادة ٢٥ على أنه أ-كما ورد في الشروط العامة لكراسة الشروط والمواصفات، ثانياً: للوزارة الحق في تجزئة أو تخفيض أو زيادة أو إلغاء العملية دون الرجوع لأصحاب العطاءات.

وتأسيساً على ما سبق فإن إلغاء المدعى عليها المنافسة جاء موافقاً لصحيح النظام»[٦٧١].

وقــضى في حكم آخر بأنه "وحيث إن الثابت من بيان تحليل مناقصة المشروع أن عرض المدعــي وإن كان أقل العروض مــن الناحية المالية إلا أنه لا يمثل أفضل العروض من ناحية التوازن في العرض لجميع العروض المالية المقدمة، فإن القرار محل التظلم قد صدر بســبب أن أســعار البنود الأساسية وهي الأساس الإسفلتي والأساس الحصوي مبالغ فيها فقد كانت نســبة زيادة الأساس الإسفلتي (١٠٨٪) وكذلك نســبة الأساس الحصوي بنسبة (٩٠٪) فتم إلغاء المناقصة بناءً على ذلك، بالإضافة إلى ذلك زيادة المدة المحددة من(١٢) شهراً إلى (٢٤) شــهراً[٦٧٢]، وذلك كله يصب في المصلحة العامة، والتي نصت المادة الرابعة والثلاثون الفقرة (أ) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادرة بقرار وزير المالية رقم(٣٦٢)وتاريخ ١٤٢٨/٢/٢٠هـ على أنه (على لجنة فحص العروض التأكد من اعتدال سعر أقل العروض المطابق للشروط والمواصفات، وعليها الاسترشاد بالأثمان الأخيرة السابق التعامل بها، وأسعار الســوق، والأسعار التقديرية الإرشادية للمنافســة) وتم الاستئناس برأي وزارة الماليــة ... المتضمن أن عطاء المدعية غير متوازن وغير مدروس وقد تضمنت المادة الحادية والعشرين الفقرة (أ) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٨) وتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ أنه في حال ارتفاع الأســعار عن أســعار السوق وعدم التوصل بالتفاوض إلى الســعر المحدد من قبل اللجنة، تلغى المنافســة[٦٧٣]، وحيث إن المدعى عليها

(٦٧١) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ١٠/٣/١١٦ في الدعوى الإدارية رقم ١٠/٥٦/ق لعام ١٤٣٢هـ المؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ٢/٦٤١ لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم ٩١٩/ق لعام ١٤٣٣هـ (حكم غير منشور).

(٦٧٢) ورد في الوقائع أن وزارة المالية حين عرض عليها الموضوع للاستشارة من قبل الجهة صاحبة المشروع رأت ان تكون مدة تنفيذ المشروع ٢٤ شهراً بدلا من ١٢ شهراً مع إضافة شروط ومواصفات جديدة.

(٦٧٣) وردت المــادة المذكــورة نصاً بأنه « يجوز للجنة فحــص العروض التفاوض مع صاحب أقل عرض مطابق للشروط والمواصفات ثم مع من يليه من المتنافسين في الحالتين التاليتين: أ-إذا ارتفعت العروض عن أسعار السوق بشكل ظاهر تحدد اللجنة مبلغ التخفيض بما يتفق مع أسعار السوق، وتطلب كتابياً من صاحب العرض الأقل تخفيض سعره، فإن امتنع أو لم يصل بسعره إلى المبلغ المحدد، تتفاوض مع العرض الذي يليه وهكذا، فإن لم يتم التوصل إلى السعر المحدد تلغى

استخدمت صلاحيتها وفقاً لنص المادة الخامسة والعشرين من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، وقد كان المقصود من هذا القرار هو المصلحة العامة وهذا هو الأصل، والذي لا ينتقل عن هذا الأصل إلا بوجود ناقل له، وهو التعسف في استعمال صلاحيتها وهو لم يثبت مــن خلال ادعاء المدعي، حيث لم يخرج هدف الإلغاء عن المصلحة العامة وهو ما لا يمكن إلغاء القرار معه والحالة هذه...»(٦٧٤).

وأيضــاً قــضى الديوان أيضاً بأنه «ومــن ناحية الموضوع فإن طلــب المدعية إبطال قرار إلغاء المنافسة فإن قرار المدعى عليها كان مبنياً على المصلحة العامة التي تمثلت في شكاوى الأهالي المجاورين لكون المسلخ يفتقر إلى الاشتراطات الصحية والبيئية والإنشائية، بالإضافة إلى قرب المســلخ من المخططات السكنية مما يكون معه قرار المدعى عليها مبني على سند صحيح حيث كان مبنياً على المصلحة العامة، وهذا هو الأصل والذي لا ينتقل عنه إلا بوجود ناقل له وهو التعسف في استعمال صلاحيتها وهو لم يثبت من المدعى عليها حيث لم يخرج هدفها عن المصلحة العامة، ولا يمكن إلغاء القرار والحالة هذه فيكون طلب المدعية بإلغاء قرار إلغاء المزايدة حري بالرفض»(٦٧٥).

- **القرار الصادر بمصادرة الضمان الابتدائي:**

حدد النظام حالات مصادرة الضمان الابتدائي ولأنه قد يكون قبل الترسية وقد يكون بعدها، وعليه فقد يشــكل قراراً منفصلاً وقد يشــكل قراراً متصلاً، فإذا انســحب المتنافس بعد التاريخ المحدد لسريان العروض والمحدد بتسعين يوماً من التاريخ المحدد لفتح المظاريف أو بعد تمديده

المنافسة، ويعاد طرحها من جديد...» وهذا استدلال في غير محله، والصحيح هو الاستدلال بالمادة (٢٥) من النظام والتي يجري نصها «مع مراعاة ما ورد في المادتين (الحادية والعشرين) و(الرابعة والعشرين) من هذا النظام:
أ - لا يجوز إلغاء المنافسة إلا للمصلحة العامة، أو لمخالفة إجراءاتها أحكام النظام، أو لوجود أخطاء جوهرية مؤثرة في الشروط أو المواصفات، وتكون صلاحية الإلغاء للوزير المختص أو رئيس الدائرة المستقلة».

(٦٧٤) راجــع حكــم المحكمة الإدارية رقم ٣٩٦/د/إ/١٥ لعام ١٤٣١هـ في القضية رقــم ٣/١٢٩٥/ق لعام ١٤٣٠هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٢/٤٥٢ لعام ١٤٣٣هـ في قضية الاستئناف رقم ١٩٢١/ق لعام ١٤٣١هـ (حكم غير منشور).

(٦٧٥) راجــع المحكمــة الإدارية رقم ٣٧١/د/إ/١٥ لعام ١٤٣١هـ في القضية رقــم ٣/١٧٥١/ق لعام ١٤٢٨ هــ المؤيد من محكمة الاســتئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٨ لعام ١٤٣٣هـ في القضية الاســتئنافية رقم ٦١٣٤ /ق لعام ١٤٢٩هـ (حكم غير منشور).

بموافقته وقبل الترسية فإن القرار يعد منفصلاً، وإذا انسحب بعد الترسية فإن مصادرة الضمان في هذه الحالة تعد قراراً متصلاً، وفي الحالة الأولى يخضع لدعوى الإلغاء، وفي الثانية لدعوى القضاء الكامل. وعليه فإن قرار مصادرة الضمان كما يشكل قراراً منفصلاً فقد يشكل قراراً متصلاً.

ومـن تطبيقات ديوان المظالم في هذا الشـأن مـا قضى به أنه «وحيـث إن المدعية قد خاطبت الجهة المدعى عليها لإفادتها بالانسـحاب من المنافسـة بعد انتهاء مدة الضمان ... ومن ثم يكون عرضها مسحوباً ومنتهياً، لا يجوز لجهة الإدارة ترسية المشروع عليها ولذا فإن العقد لم يتم، إذ إن العقود إنما تلزم بالإيجاب والقبول، وحيث إن المدعية سـحبت عرضها فـإن ركن الإيجاب لم يتحقق في هـذا العقد، فتكون مصادرة الضمان المدعى عليها للضمان قـرارا إداريـاً لعدم تحقق العلاقـة العقدية بين المدعية والمدعى عليهـا كما تقدم، وحيث إن المدعيـة تهدف مـن إقامة دعواها إلى إلغاء قرار الجهـة المدعى عليها مصادرة الضمان الابتدائي المقدم منها لدخول المناقصة التي صدر بخصوصها القرار محل الدعوى ... لذا فإن الدعـوى من اختصاص المحكمة الإدارية وفقاً للفقرة (ب) من المادة الثالثة عشرة من نظام ديـوان المظـالم ... ومن حيث الموضوع فإنه لما كان من الثابـت أن المدعية خاطبت الجهة المدعى عليها لإفادتها بالانسـحاب من المنافسـة بتاريخ ... والذي يوافق أول يوم دوام بعد الإجازة الأسبوعية التي انتهت فيها مدة الضمان الابتدائي فانها بذلك تكون قد راعت النص النظامـي ... وحيـث إن المدعى عليها في اتخاذها قراراها محـل الدعوى قد خالفت المادة المذكـورة وذلك بكونها طلبت تمديد مدة الضـمان دون موافقة مقدم العرض، فإن الدائرة تنتهي إلى الحكم بإلغاء القرار محل الدعوى لمخالفته النظام»[٦٧٦].

٢- القرارات المقترنة بإبرام العقد:

وتتمثـل في القرارات الخاصة بإبرام العقد، من قرار الترسـية أو رفض الترسـية أو عدم التصديق على قرار الترسية في الحالات التي تستدعي ذلك[٦٧٧]، حيث ميز القضاء بين القرار

---

(٦٧٦) راجـع حكم المحكمة الإداريـة رقم ٢١٤/د/إ/٧ لعام ١٤٣١ هـ في القضية رقـم ١/٦٢٢٥/ق لعام ١٤٢٨هـ المؤيد مـن محكمة الاسـتئناف الإدارية بالحكم رقم ٢/٤٣٧ لعام ١٤٣٣هـ لعـام ١٤٣٣هـ في القضية رقم ٢/٢٠٦٧/ق لعام ١٤٣١هـ (حكم غير منشور).

(٦٧٧) راجع د. عمر البوريني، القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري ورقابة القضاء عليها، مجلة الحقوق، الكويت، ع ١ مارس ٢٠١٣ ص٥٤٨ ومابعدها.

الصادر بإبرام العقد والعقد ذاته، فإنه إذا كان لا يجوز الطعن في العقد ذاته بدعوى الإلغاء وفقاً للرأي الغالب فإن القضاء قد استقر على جواز الطعن في هذه القرارات بدعوى الإلغاء باعتبارها قرارات منفصلة عن العقد(٦٧٨).

ومن تطبيقات ديوان المظالم في هذا الشـأن مـا قضى به بأنه "لما كانت المدعية تهدف على إلغاء قرار المدعى عليها المتضمن ترسية المنافسة محل الدعوى للمتقدم المتنافس فإن الدعـوى تغدو من قبيل الطعن في القرارات الإدارية وفقاً لما اسـتقرت عليه أحكام القضاء الإداري من اعتبار قرار الترسـية من القرارات المنفصلة عن العقد والتي تثير دعاوى الإلغاء وبالتـالي تدخل في نطاق الدعاوى المنصوص عليها بالمـادة(١٣/ب) من نظام ديوان المظالم ... وحيث تراخت المدعية في إقامة هذه الدعوى رغم انقضاء ما يزيد على عشرة أشـهر من تاريخ تظلمها الإداري دون أن تتلقى رداً من المدعى عليها فإن دعواها تكون فاقدة لسـند قبولها الشكلي.."(٦٧٩).

القرارات المنفصلة اللاحقة لإبرام العقد:

وهـذه القرارات صورة نادرة الحدوث ولا تكون كذلك إلا إذا كانت مسـتقلة تماماً عن العقد لكنها مؤثرة فيه وأساس هذه الفكرة ما أشار إليه المفوضTardieu في سنة ١٩٠٧ من أن الأوامر التي توجهها الدولة للشركات تختلف آثارها حسـبما إذا كانت متخذة بناءً على كراسـة الشروط، أو بناءً على اللوائح، وفي هذه الحالة الأولى يجب أن تقيم الشركة دعواها أمـام قـاضي العقد، وفي الحالة الثانية فإن شرعية هـذه الأوامر من عدمها يجب أن تبحث في حـد ذاتهـا مع تجريدها عن العقد، وطريق الإلغاء هو الطريق الذي يجب أن تلجأ إليه تلك الشركات(٦٨٠).

---

(٦٧٨) راجع د. محمد عبد العال السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء، مرجع سابق، ص٧٨ وما بعدها.

(٦٧٩) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ١٤٣٢/٢/٢/٢١٠هـ في القضية رقم ٢/١٥٢/ق لعام ١٤٣٢هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٢/٩٣ لعام ١٤٣٣هـ لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم ٨٣/ق لعام ١٤٣٣هـ (حكم غير منشور).

(٦٨٠) راجع د. جمال عباس عثمان، النظرية العامة، مرجع سابق، ص٤٩٩، وراجع د. محمد عبد العال السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء، مرجع سابق، ص٩٣.

وتطبيقــاً لذلــك قضت محكمة القضــاء الإداري "بأن قرار وزير التموين الاســتيلاء على الأصناف الموجودة لدى الشركة المتعاقدة عن عملها في التوريد لا يخرج عن كونه إجراءً صدر من الجهة القائمة على شــؤون التموين باعتبارها ســلطة عامة واســتناداً إلى أحكام القانون، فلا يعتبر هذا الاستيلاء استعمالاً من جانب الإدارة المتعاقدة لحقها المستمد من العقد"[٦٨١].

(٦٨١) حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٦٣/١٢/١٥ في القضية رقم ٦ لســنة ١٧ ق، راجع ولمزيد من التفاصيل د. جمال عباس عثمان، مرجع سابق، ص٥٠٠.

المبحث الثاني

شروط قبول دعوى إلغاء القرارات المنفصلة:

أولاً: الشروط المتعلقة بمحل الدعوى:

ولأن الطعن بالإلغاء يشترط لقبوله أن يكون محل الدعوى قراراً إدارياً، عليه لابد أن يكون القرار المدعي بانفصاله عن العقد يستجمع خصائص القرار الإداري وهي أن يكون صادراً من الجهة الإدارية بإرادة منفردة وأن يكون نهائياً، ويحدث آثاراً قانونية[٦٨٢].

لذلك فإنه لا تقبل دعوى الإلغاء في القرارات التمهيدية والتحضيرية لإبرام العقود الإدارية، ... ليس لأن هذه القرارات لا يمكن فصلها عن العملية العقدية ولكن لأنها لا تصلح أن تكون محلاً للطعن بالإلغاء لعدم توافر صفة القرار الإداري، وفي هذه الحالة يمكن أن تكون تلك الإجراءات سبباً للطعن على القرار النهائي باعتباره بني على إجراءات غير مشروعة[٦٨٣].

أوجه الطعن في القرار المنفصل:

لا تختلف أوجه الطعن في القرارات المنفصلة عن القرارات الإدارية باعتبارها نوعاً منها[٦٨٤]. وبالتالي فإن أوجه الطعن تتجه إلى ما حددته المادة ١٣/ب من نظام ديوان المظالم والتي نصت على أنه «... ب / دعاوى إلغاء القرارات الإدارية النهائية التي يقدمها ذوو الشأن متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص، أو وجود عيب في الشكل، أو عيب في السبب، أو مخالفة النظم واللوائح، أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها، أو إساءة استعمال السلطة ... ويعد في حكم القرار الإداري رفض جهة الإدارة أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه طبقاً للأنظمة واللوائح».

---

(٦٨٢) راجع تفصيلًا تعريف القرار الإداري، د. حمدي محمد العجمي، القرارات الإدارية في القانون الإداري السعودي دراسة تحليلية فقهية وقضائية وفقاً لأحدث أحكام ديوان المظالم السعودي، مكتبة العالم العربي، الرياض، ١٤٣٧هـ ٢٠١٦، ص١١ وما بعدها.

(٦٨٣) راجع د. عبد الحميد كمال حشيش، مرجع سابق، ص١١٠/٥٤٨.

(٦٨٤) راجع د. عمر البوريني، مرجع سابق، ص٥٢٠.

وبالتـالي فإن أوجـه الطعن في القرارات المنفصلة تتمثل في عيـوب القرار الإداري وهي السبب والاختصاص والمحل والشكل والغاية وبيان ذلك بإيجاز كما يلي:

- **عيب السبب:**

يعرف السبب فقهياً بأنه: «حالة واقعية أو قانونية بعيدة عن رجل الإدارة ومستقلة عن إرادته، تتم فتوحي له بأنه يستطيع أن يتدخل وأن يتخذ قراراً ما[٦٨٥]».

وفي أحـدث أحـكام الديوان قضى بأن " السـبب في القرار الإداري هـو حالة واقعية أو نظاميـة تحمل جهة الإدارة على التدخل بقصد إحداث أثـر نظامي الذي هو محل القرار، ابتغـاء الصالح العـام"[٦٨٦]. وفي حكم آخر قضى الديوان بأنه "ووفقاً لما اسـتقر عليه الفقه والقضاء من أن كل قرار إداري أياً كانت السلطة التي يصدر عنها مقيدة كانت أم تقديرية يجب أن يقوم على سبب يدعو إلى إصداره ... السبب إنما هو عبارة عن الحالة الواقعية أو النظامية التي تدفع رجل الإدارة إلى إصدار القرار"[٦٨٧].

فعيب السـبب هو صدور القرار دونما سـبب صحيح يبرر إصداره وبالتالي تتحدد رقابة القضاء الإداري على السـبب في تواجده من حيث الواقع وتكييفه النظامي ومدى ملاءمته مع المحل[٦٨٨].

- **عيب الاختصاص:**

يقصد بالاختصاص فقهياً «القـدرة القانونية على مباشرة عمل إداري معين»[٦٨٩]، أو هو صلاحيـة موظف معين، أو جهة إدارية محـددة في اتخاذ قرار إداري معين تعبيراً عن إرادة الإدارة، وتتحدد هذه الصلاحية بموجب أحكام القانون..."[٦٩٠].

(٦٨٥) راجع د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص٢٠٠.

(٦٨٦) راجـع حكم المحكمـة الإدارية رقم ٥٠٧/د/إ/٩ لعـام ١٤٣٣هـ في القضية رقم ٢/٣١٧٤/ق لعـام ١٤٣١هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٢/١٦ لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم ٢/٥٦١/س لعام ١٤٣٢هـ حكم غير منشور.

(٦٨٧) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ٩٨/د/إ/٢ لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم ١٠/٤١٢/ق لعام ١٤٣٢هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ٢/٨٣ لعام ١٤٣٤هـ في القضية رقم ٢/٣٠٥٢/س لعام ١٤٣٣هـ حكم غير منشور.

(٦٨٨) راجع تفصيلًا تعريف السبب وحدود الرقابة القضائية عليه د. حمدي محمد العجمي، مرجع سابق، ص٢٢ وما بعدها.

(٦٨٩) راجع د. محمد عبد الحميد أبو زيد، المرجع في القانون الإداري، ط٢، ٢٠٠٧، ص٣٠٠.

(٦٩٠) راجع د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص٥٩٤.

وبالتالي فالاختصاص هو صلاحية تتأتى وفقاً لأحكام القانون والتي قد تكون أصالةً بشكل مباشر بحيث يسند القانون مباشرة إلى شخص ما أو إلى جهة ما صلاحيات معينة، وبالتالي تكون صلاحياته أصيلة ودائمة يستمدها من القانون، أو حلولاً حينما يتغيب الأصيل لأي سبب حدده النظام وفي هذه الحالة تبقى صلاحيات الحال مرهونة بحضور الأصيل لذا فهي صلاحيات مؤقتة - وإن كان يستمدها من القانون - لأنها ليست في الأصل من صلاحياته وإنما أتته بشكل عارض لسبب ما وتزول بزواله، أو تكليفاً وهذه تتأتى بقرار به يكلف شخص على وظيفة معينة أو بأداء مهمة محددة وفقاً لقواعد معينة وهي أيضاً صلاحيات مؤقتة تنتهي بنهاية مدة التكليف[٦٩١]، وأخيراً التفويض الذي يتأتى بقرار تبين فيه الصلاحيات ومدة التفويض وهي كأخواتها من الحلول والتكليف تكون صلاحيات مؤقتة [٦٩٢].

إلا أنه أياً كان فما دامت الصلاحيات وفقاً لصحيح القانون فإن الشخص أو الجهة يكون مختصاً وله القدرة القانونية على إصدار القرار في ضوء هذه الاختصاصات.

وكما تتعدد مصادر الاختصاص، فإنه أيضاً تتعدد أنواعه والتي تتمثل في الاختصاص الشخصي والذي يعني أنه لابد لصحة الاختصاص أن يكون صاحب الصلاحية لدية الصفة القانونية لممارسة الاختصاص وفق ما يقرره النظام من وسائل قانونية لممارسة الوظيفة العامة، وعلى ذلك فإن الأشخاص الذين ليست لهم صفة نظامية، ليست لهم بالضرورة صلاحيات قانونية، وعليه فإن القرارات التي يصدرونها تعد في حيز البطلان لصدورها من غير ذي صفة نظامية، أما الاختصاص الموضوعي فيعني به مجموعة الصلاحيات الممنوحة نظاماً أصالةً أو حلولاً أو تفويضاً أو تكليفاً، وأما الاختصاص الزمني فيقصد به ممارسة صاحب الاختصاص صلاحياته في المدة المحددة نظاماً لها، وأخيراً الاختصاص المكاني والذي يعني حدود الدائرة المكانية التي يمارس فيها الشخص صلاحياته، والتي تضيق وتتسع حسب صفة صاحب الصلاحية[٦٩٣].

وعليه فإن وجه الطعن في الاختصاص هو الادعاء بفقد مصدر القرار لأي نوع من أنواع

(٦٩١) راجع لائحة التكليف الصادرة بقرار مجلس الخدمة المدنية رقم ٥٩٦/١ وتاريخ ١٤٢٠/١/١٨هـ.

(٦٩٢) راجع لائحة التفويض الصادرة بقرار وزير الخدمة المدنية رقم ٧٠٣/١١٧٢٢ وتاريخ ١٤٢٧/١١/٢٢هـ المبني على تفويض مجلس الخدمة المدنية خلال اجتماعه بتاريخ ١٤٢٧/١٠/٢٠هـ.

(٦٩٣) راجع تفصيلًا تعريف الاختصاص وحدود الرقابة القضائية عليه د. حمدي العجمي، مرجع سابق، ص٤٨ وما بعدها.

الاختصاص، فيكون الطعن لعدم توافر الاختصاص شـخصياً أو موضوعياً أو زمانياً أو مكانياً وحال تعيب أي منها يكون القرار معيباً بعيب في الاختصاص الأمر الذي يفقد القرار صحته ويؤدي إلى إلغائه.

- **عيب الشكل:**

يقصد بالشـكل المظهر الخارجي الذي تسـبغه الإدارة على القـرار للإفصاح عن إرادتها والإجـراءات التـي اتبعتها في إصـداره»[٦٩٤]. وبعبـارة أخرى "هو المظهـر الخارجي للقرار والقواعد الإجرائية التي تتطلبها الأنظمة واللوائح لإصداره[٦٩٥].

يجمـع عنصر الشـكل بين دفتيه إذن الحالـة التي يظهر فيها القـرار، والإجراءات التي اتبعـت لإصداره. والمبدأ أن القرار الإداري ليس له شـكل معين يجـب أن يبدو فيه، إلا إذا نص القانون على اتباع شـكل محدد، حينئذ يلزم اتباعه، فـإن خلا منه فالقاعدة أنه يؤدي إلى بطلانه.

وإذا كان هذا هو تعريف الشـكل، فإن عيب الشكل هو "عدم التزام جهة الإدارة اتباع الشـكليات والقواعد الإجرائية أو الشـكلية التي نصت عليها الأنظمـة واللوائح في إصدار القرارات الإدارية"[٦٩٦].

وفي هذا يقرر ديوان المظالم " أن عيب الشـكل يتشـكل في كل حال لا تحترم فيه جهة الإدارة القواعد الإجرائية والشكلية المقررة في النظام المؤطرة لصدور القرارات الإدارية سواءً كان ذلـك بإهـمال القواعد بصورة كلية، أم بمخالفتها جزئياً، وعلى هذا الأسـاس فإن القرار الإداري يصدر حينئذ مشوباً بعيب الشكل"[٦٩٧].

غير أنه يجدر القول بأن الفقه والقضاء قد فرقا بين الأشـكال الجوهرية التي تؤدي إلى تعيب القرار، والأخرى الثانوية التي لا تؤدي إلى ذلك.

---

(٦٩٤) راجع د. سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص٥٨٧.

(٦٩٥) راجع د. محمود عاطف البنا، مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي، ١٩٧٩، ص٣٤٨.

(٦٩٦) راجع د. محمد عبد العال السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء، مرجع سابق، ص١٣٣.

(٦٩٧) حكـم ديوان المظالم رقـم ٤٣٣/ت /٦ لعام ١٤٢٧هـ في القضية رقم ٣٣٧٥ /١/ق لعـام ١٤٢٥، مجموعة الأحكام، مرجع سابق، ج٢ ص٧٠٣.

وفي هذا الشأن وبحكم مفصل قضى الديوان بأن القضاء الإداري قد درج على أن "هناك إجراءات شكلية من الممكن ألا يترتب على مخالفتها بطلان القرار الإداري وهما نوعان: أولهما: الإجراءات المقررة لمصلحة جهة الإدارة، وحدها، وثانيهما: تلك الإجراءات التي لا توثر مخالفتها في مضمون القرار الإداري المطعون فيه، وحيث إنه بالنظر إلى قواعد الفقه والقضاء الإداري تظهر نتيجة ذلك أن الإجراءات الشكلية الجوهرية تشمل كل إجراء من شأنه أن يؤثر في صحة القرار الإداري، والمقصود بالشكل الجوهري والإجراء الجوهري هو ذلك الإجراء الذي إذا أهمل كان من شأنه أن يقلل من الضمانات التي تحمي حقوق الأفراد، أو هو ذلك الإجراء الذي إذا راعته الإدارة كان سيؤدي إلى تعديل القرار الإداري فلا يصدر على النحو الذي صدر به، كما أن الأحكام المستقرة في القضاء الإداري أن كل ما تقرره الأنظمة واللوائح من أشكال وإجراءات تستهدف حماية الموظفين العموميين أو الأفراد في مواجهة مظان خطأ الإدارة أو تسرعها تعتبر أشكالاً جوهرية يؤدي إغفالها أو مخالفتها جزئياً أو كلياً إلى وصم القرار بعدم المشروعية ويجعله بالتالي حقيقاً بالإلغاء، وعلى هذا النحو يكون الإجراء الشكلي جوهرياً في حالين، أولهما: أن يكون هذا الإجراء جوهرياً بنص النظام عليه كإجراء تحقيق أو تفضيل أو تسبيب أو ترشيح أو ترتيب قبل اتخاذ القرار الإداري، وفي الحالات كلها لابد من العمل بنص النظام أو اللائحة بأي حال، وثانياً أن يكون هذا الإجراء جوهرياً بطبيعته إذا كان أثره حاسماً في مسلك جهة الإدارة وهي تخرج القرار الإداري إلى الواقع»[٦٩٨].

- عيب المحل:

يعرف المحل في القرار الإداري بانه الأثر المتولد عن هذا القرار والذي يختلف حسبما إذا كان القرار فردياً أو تنظيمياً، فأثر القرار الفردي يتمثل في إنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني ذاتي، كالقرار الصادر بالتعيين أو الترقية أو إنهاء الخدمة، أما أثر القرار التنظيمي فينطوي على إنشاء أو تعديل أو إلغاء لمراكز قانونية عامة»[٦٩٩].

(٦٩٨) راجع حكم هيئة التدقيق رقم ٤٣٣/ت /٦ لعام ١٤٢٧هـ في القضية رقم ٣٣٧٥ /١/ق لعام ١٤٢٥هـ مجموعة الأحكام، مرجع سابق، ج٢ ص٧٠٤.

(٦٩٩) راجع د. عبد العزيز خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص٥٣٢.

المحــل إذن هو منطوق القرار والذي يلزم لصحته أن يكون موافقاً لصحيح القانون والا كان القرار معيباً.

ويتمثــل عيب المحل في الخروج مباشرة عــلى القواعد القانونية خروجاً صريحاً لا تأويل فيه ولا تفسير، وخروجاً غير مباشر على القانون تأويلاً وتفسيراً، وفي كلتا الحالتين يعتبر القرار معيباً في محله أياً كانت الصورة التي بها خالفت الإدارة القاعدة القانونية[٧٠٠].

- عيب الغاية:

يعــرف ركن الغاية بأنه النتيجة النهائية التي يســعى رجــل الإدارة إلى تحقيقها ... [٧٠١] وهو ما قضى به ديوان المظالم بقوله: "ولما كان من المبادئ المسلمة في فقه القضاء الإداري، أنه ولإن كانت الإدارة تســتقل بتقدير مناســبة إصدار قراراتها، وأن لها الحرية المطلقة في تقديــر ملاءمة إصدار القــرار الإداري بمراعاة ظروفه ووزن الملابســات المحيطة به، إلا أنه يجب أن يكون الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة، ولإن كانت الإدارة حرة في تقدير مناسبة القرار الإداري وملاءمته، فانها ملتزمة بأن تضع نفســها في أفضل الظروف والأحوال لقيامها بهذا التقدير، وأن تجريه بروح موضوعية، وبعيداً عن البواعث الشخصية .. ولما كان القرار الإداري يقوم على أركان خمســة هي الاختصاص والشكل والمحل والسبب والغاية، ولما كان ركن الغاية هو الهدف الذي تسعى الإدارة إلى تحقيقه من إصدار القرار، وأن الإدارة ملزمة بالتزام الغرض الذي رسمه المنظم، فإذا ما جاوزت هذا الهدف إلى ما عداه ولو كانت حسنة النية، أصبحت قراراتها مشوبة بعيب الانحراف في استعمال السلطة"[٧٠٢].

تلــك كانت أوجــه الطعن على القرارات الإدارية بإيجاز، وهــو ما ينطبق على القرارات المنفصلــة، وتطبيقاً على ذلك فالطعن على قرار اســتبعاد أحد العطاءات فإن أوجه الطعن قــد تتجه إلى الاختصاص عــن مدى صلاحية من أصــدر القرار، وعن صحة الســبب الذي استند إليه، وعن صحة الأثر الناتج عنه، وعن سلامة الغاية التي يهدف إليها، غير أنه تجب

---

(٧٠٠) راجع تفصيلًا د. حمدي محمد العجمي، مرجع سابق، ص٧٢ وما بعدها.

(٧٠١) راجع د. سليمان الطماوي، النظرية العامة القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص٣٦٣.

(٧٠٢) راجــع حكم هيئة التدقيق بديوان المظالم رقم ٦٨٨/ت/٦ لعام ١٤٢٧هـ بجلســة ١٤٢٧/١١/٢٢ هـ في القضية رقم ١٢٥٣ /١/ق لعام ١٤٢٥هـ مجموعة الأحكام لعام ـ١٤٢٧هـ مرجع سابق، ج ٢، ص٨٢٣.

ملاحظــة تنطبق من وجه نظري على كافة القــرارات الإدارية أن بعض هذه الأوجه يرتبط بالبعض الآخر في حالات معينة ارتباطاً لا يقبل التجزئة، حيث - على سبيل المثال - لا يمكن أن يكون ســبب القرار غير مشروع ويكون المحل صحيحاً، وبالتالي عدم صحة السبب تؤدي بالــضرورة إلى عدم صحة المحل، غير أنه في الوجه المقابل صحة الســبب لا تعني مشروعية المحل.

هذا ولا يتوقف الطعن في القرارات المنفصلة على طلب إلغائها وإنما أيضاً شــأنها شــأن القــرارات الإدارية الأخرى حيث نص نظام المرافعات أمــام ديوان المظالم في المادة (٩) منه على أنه "مع عدم الإخلال بما ورد في الفقرة(٥) من المادة الثامنة من هذا النظام، لا يترتب عــلى رفــع الدعوى وقف تنفيذ القــرار المطلوب إلغاؤه، على أنه يجــوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذه إذا طلب ذلك، ورأت المحكمة أن تنفيذه يرتب آثاراً يتعذر تداركها"

ولقد اســتقر الفقه والقضاء عــلى شروط وقف تنفيذ القرارات الإدارية بشــتى أنواعها وهو ما يحدده تفصيلاً ما قضى به الديوان بقوله: "المســتقر في قضاء الديوان أنه يشــترط لقبول الطلب العاجل شرطان هما أولاً: الاســتعجال والسرعــة حيث تقدر الدائرة المختصة أن تنفيــذ القرار المتظلــم منه يرتب نتائج يتعذر تداركها، ومن ثــم يجوز للدائرة أن تأمر بوقف التنفيذ مؤقتاً إلى حين الفصل في الدعوى ... ثانياً: الجدية حيث يتبين من بادئ النظر في الأوراق المقدمة أن المدعي يقيم دعواه على أســباب جدية وأنه يترجح حقه في دعواه أو أغلب طلباته، وبتطبيق ما ســلف على وقائع الدعوى فإن البادئ من النظر لظاهر الأوراق دون الخــوض في موضوعها أن المدعية ماضية في إنهاء علاقتها بمكفولها (المدعي) ومن ذلك الســير في إنهاء إقامته ... ولما كان رفض المدعــى عليها الموافقة على التجديد يجعل المدعي في مركز نظامي أشــبه بالمقيم بصورة غير نظامية ويجعله عرضة للمســاءلة من قبل رجال السلطة الضبطية المتعلقة بنظام الإقامة، فضلاً عما يشكله هذا الوضع من تعطيل لمصالحه الحياتية وعدم اســتفادته من كافة الخدمات الأساسية في البلاد سواءً كانت صحية أو بنكية أو تعليمية مما يرتب آثاراً لا يمكن بحال تداركها لو استبان لاحقاً خطأ المدعى عليها ... مما تنتهي معه الدائرة إلى الأمر بوقف تنفيذ القرار ... على أن الدائرة وهي تقدر أهمية وقف القرار محل الطلب ووجاهته تشــير على أن قوة الإقناع الظاهر في الطلب العاجل لا تعني

مطلقاً أن المدعي على حق حتماً، وهو ما لا يتبين إلا بالفصل في موضوع الدعوى"((٧٠٣)).

وفي حكــم آخــر قضى الديوان أنه وبما أن المســتقر في قضاء الديوان أنه يشــترط لقبول الطلــب العاجل شرطان هما: أولاً: الاســتعجال والسرعة، بحيث تقــدر الدائرة المختصة أن تنفيــذ القرار المتظلم منه يترتب عليه نتائج يتعذر تداركها ... ثانياً: الجدية وذلك بأن يتبين مــن بادئ النظر في الأوراق أن المدعي يقيم دعواه على أســباب جدية وأنه يترجح حقه في دعواه أو في أغلب طلباته..."[٧٠٤].

ثانياً: الشروط المتعلقة بأطراف الدعوى:

يتحدد أطراف المنازعة في القرارات المنفصلة بكافة صورها - أي تلك الســابقة على إبرام العقــد أو المصاحبــة لــه أو تلك اللاحقة على إبرامــه أثناء تنفيذه وحتــى انقضائه - إما في المتعاقد أو غير المتعاقد مع الإدارة، وهذان الأخيران هما الخارجان عن أطراف العقد وتتحدد صفتهما بالمركز القانوني أو الحق الذي مســه القرار حيث تصبح لهما في هذه الحالة مصلحة شخصية مباشرة، في إلغاء القرار وقد استقر الفقه والقضاء في فرنسا ومصر على قبول دعوى الإلغاء بالنســبة للغير إذ ليس أمامه من ســبيل غير دعوى الإلغاء للدفاع عن حقوقه فهو لا يستطيع قانوناً الطعن بدعوى القضاء الكامل لكونه من غير أطراف العقد [٧٠٥].

وإذا كان ذلك بالنســبة للغير فهل يجوز للمتعاقد الطعن بالإلغاء في القرارات المنفصلة عــن العقــد، يقول البعض من الفقه أنه بالرغم مــن أن المتعاقدين لديهم فرصة الطعن في القرارات المنفصلة أمام قاضي العقد إلا أن غالبية الفقه في فرنسا ومصر يرون أن المتعاقد له حــق الالتجاء إلى دعوى الإلغاء للطعن في كافة القرارات التمهيدية والمصاحبة لإبرام العقد ..إلا أن بعــض الفقهاء يرى أنه ليس من مصلحــة المتعاقد أن يلجأ إلى قضاء الإلغاء في هذا الشــأن لأن القضاء الكامل أجدى بالنســبة له من قضاء الإلغاء، لأنــه إذا حصل على حكم بإلغاء القرار الإداري المنفصل فإنه يتعين عليه بعد ذلك أن يعود مرة أخرى إلى قاضي العقد

(٧٠٣) الحكم الوقتي رقم ٨٧/د/إ/٢٤ لعام ١٤٣٠هـ بجلسة ١٤٣٠/١٠/٣٠هـ (حكم غير منشور).

(٧٠٤) راجــع حكــم المحكمة الإداريــة رقم ١٤/د/إ/٢/ ١٤٣٥هــ في القضية رقم ١/١١١١٥/ق لعــام ١٤٣٤هـ المؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ٢/١٦٤ لعام ١٤٣٥هـ في قضية الاستئناف رقم ٨٧٠/ق لعام ١٤٣٥هـ.

(٧٠٥) راجع د. محمد عبد العال السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء، مرجع سابق، ص٥٣. وراجع د. جمال عباس عثمان، النظرية العامة، مرجع سابق، ص٢٤٥، ٢٤٩.

كي يرتب له النتيجة التي تترتب على الحكم بالإلغاء، ومن ثم فإنه يكون من الأفضل له أن يلجأ إلى قاضي العقد مباشرة، أما القضاء الإداري في مصر وفرنسا فقد استقر على قبول الطعن بالإلغاء المقدم من المتعاقد ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد[٧٠٦].

وأعتقد أنه مادام أن القرار غدا منفصلاً عن العقد فإنه في هذه الحالة يحق لكل من له صفة ومصلحة أن يطعن فيه سواءً كان من الغير أم كان متعاقداً.

ثالثاً: الشروط المتعلقة بإجراءات دعوى الإلغاء في القرارات المنفصلة:

لأن القرار المنفصل ما هو إلا قرار إداري فإنه في هذه الحالة يخضع للشروط الإجرائية التي تخضع لها دعوى إلغاء القرارات الإدارية وهي التي نصت عليها المادة الثامنة في فقرتها الرابعة من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم بعد تعديلها والتي يجري نصها «فيما لم يرد به نص خاص، يجب في الدعوى - المنصوص عليها في الفقرة (ب) من المادة (الثالثة عشرة) من نظام ديوان المظالم إن لم تكن متعلقة بشؤون الخدمة المدنية - أن يسبق رفعها إلى المحكمة الإدارية التظلم إلى الجهة مصدرة القرار خلال ستين يوماً من تاريخ العلم بهذا القرار، ويتحقق العلم به بإبلاغ ذوي الشأن به أو بنشره في الجريدة الرسمية إذا تعذر الإبلاغ.
وعلى تلك الجهة أن تبت في التظلم خلال ستين يوماً من تاريخ تقديمه، وإذا صدر قرارها برفض التظلم أو مضت المدة المحددة دون البت فيه، فللمتظلم رفع الدعوى إلى المحكمة الإدارية خلال ستين يوماً من تاريخ العلم بالقرار الصادر بالرفض، أو من تاريخ انتهاء مدة الستين يوماً المحددة للجهة دون البت في التظلم، ويجب أن يكون قرار الجهة برفض التظلم مسبباً [٧٠٧] [٧٠٨].

(٧٠٦) راجع د. عبد الغني بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص٥٣،٥٤.

(٧٠٧) أعتقد أن الاشتراط بأن يكون قرار الرفض مسبباً لا معنى له، إذ لا توجد نتيجة إجرائية حال الإخلال به، ينص عليها نظام المرافعات، غير أنه قد يقال أن وجوده له فائدة حيث يمكن الطعن عليه استقلالاً لعيب الشكل، غير أن ذلك غير مقنع لأن قرار الرفض غير مؤثر في المركز النظامي للمتظلم، وحتى لو قيل بذلك فإنه لا قيمة له من الناحية النظامية، فما الذي يستفيده المتظلم من رفع دعوى لا أثر للحكم الناتج عنها، إذ إن قرار الوزارة غير ملزم للجهة الإدارية، وبالتالي فهو إجراء تنظيمي ليس له أثر إجرائي حال عدم استيفاءه، وبالتالي لا أرى لورود هذا الشرط داع في نظام المرافعات .

(٧٠٨) هذا نص الفقرة بعد تعديلها بالمرسوم الملكي رقم م/٦٥ وتاريخ ١٤٣٦/٩/١٣هـ ونشر بجريدة أم القرى بتاريخ ١٠/١٥ ١٤٣٦هـ الموافق ٧/٣١ /٢٠١٥، ع٤٥٧٧، السنة ٩٣.

وعليه فإن الطعن في القــرارات المنفصلة عن العقد باعتبارها قرارات إدارية فإنه يجوز الطعــن فيها أمام القضاء الإداري بالإلغاء باتباع الإجــراءات والمواعيد التي نص عليها نظام المرافعات أمام ديوان المظالم في المادة الثامنة منه الفقرة الرابعة المشــار إليها بالتظلم خلال ستين يوماً من القرار وعلى الجهة أن ترد عليه خلال ستين يوماً من تاريخ العلم بالقرار وفي هذه الحالة تكون الجهة الإدارية أمام أن تجيب المتظلم إلى طلبه، وإما أن ترفض وبشــكل مســبب، وإما أن تســكت ويكون في هذه الحالة الســكوت بمثابة رفــض للتظلم وما على المدعــي في الحالتين الأخيرتين إذا أراد الاســتمرار في مواصلة النــزاع إلا أن يقوم برفع دعواه أمام المحكمة الإدارية خلال ستين يوماً من تاريخ الرفض أو خلال ستين يوماً من تاريخ انتهاء الستين يوماً المحددة للرد على التظلم.

المبحث الثالث

آثار الحكم بإلغاء القرارات المنفصلة:

لا يثير إلغاء القرار المنفصل خلافاً في التعويض عن الآثار المترتبة على الإلغاء بتوافر أركان المسـؤولية الإدارية وهي الخطأ والضرر وعلاقة السـببية، أما ما يثير الخلاف فهو أثر إلغاء القـرار على العملية التعاقدية، وفي هذه الحالة يفرق بـين حالتين، حالة أثر الحكم الصادر بإلغاء القرار المنفصل أمام قاضي العقد، وأثر الحكم بإلغاء القرار المنفصل إذا لم ترفع دعوى أمام قاضي العقد.

أولاً: أثر الحكم بإلغاء القرار المنفصل إذا لم ترفع الدعوى إلغاء أمام قاضي العقد:

يشـير البعض من الفقه إلى التفرقة في هذا الشـأن بين فرضين الأول حالة صدور حكم الإلغـاء قبل إبرام العقد، وحالة صدور الحكم بعـد إبرام العقد، وفي الفرض الأول لا يوجد إشـكال في هذه الحالة، حيث لا تسـتطيع الإدارة السـير في إجراءات إتمـام العقد احتراماً لحجية الحكم الصادر بالإلغاء، ويسـتوي في هـذه الحالة أن يكون حكم الإلغاء صادراً بناءً على طلب ممن سـيصبح طرفاً في العقد أو من الغير، وذلك تطبيقاً لمفهوم الحجية المطلقة لحكم الإلغاء حيث ينتج الحكم أثره ليس في مواجهة أطراف الدعوى فحسـب بل أيضاً في مواجهة الكافة[٧٠٩].

ولكن هذا الفرض نادر الحدوث، وذلك للإجراءات التي تسـتغرقها دعوى الإلغاء بداية بالتظلم وحتـى اتصال المحكمة بالقضية وصدور الحكم فيها، مما معه في كثير من الأحيان تكون دعوى الإلغاء ما زالت منظورة أمام المحكمة في حين أن العقد قد تم تنفيذه، بما يعني زوال المصلحة في إلغاء القرار المنفصل.

وعليه يمكن للمدعي اللجوء إلى طلب وقف التنفيذ حيث هو الوسيلة القانونية والعملية في نفـس الوقت التي يمكن حال توافـر شروطها أن توقف إتمام إجراءات التعاقد، وإن كان قبـول وقـف التنفيذ في القرارات المنفصلة قد لا يكون سـهل المنال مـن الناحية القانونية اعتـماداً على شرط ما يتعذر تداركه باعتبار أن معظم مـا يترتب على العقود يمكن تداركه

(٧٠٩) راجع د. محمد عبد العال السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء، مرجع سابق، ص٧٥.

بالتعويض، وهو ما يقف حائلاً دون تحقيق هذه الوسيلة القانونية في كثير من الأحيان، غير أنــه يجــب أن يراعي القضاء المصلحة العامة التي يمكن أن تتــأذى من عدم وقف التنفيذ، وهــذه خاصية مرتبطة بالقرارات المنفصلــة في العقود، إذ قد تكون المصلحة العامة مدعاة لوقف التنفيذ حفاظاً على المال العام، كما قد تكون المصلحة العامة مانعاً من وقف التنفيذ حفاظاً على المصلحة العامة أيضاً.

ويتبقــى الفرض الثاني وهو الأكثر شــيوعاً وهو صدور حكم بإلغــاء القرار المنفصل بعد إبرام العقد .

اتخذ مجلس الدولة الفرنسي اتجاهاً منذ حكمه في قضية(Martin) بتاريخ ٤ أغسطس ١٩٠٥ حيــث وضح المفوض روميــو هذه الآثار بقوله: "إننا لا ننكر أن قيمة الإلغاء في هذه الحالــة نظرية، فالإدارة تســتطيع أن تصحح الوضع بإجراء لاحق، وقــد يبقى العقد برغم الإلغــاء إذا لم يتقدم أحــد المتعاقدين إلى قاضي الموضوع بطلب فســخ العقد، ولكن هذه النتيجــة يجب ألا تدهشــكم أو تبعث التردد في نفوســكم، فأنتم تعلمــون تماماً أن دعوى الإلغاء في بعض الحالات لا تؤدي إلا إلى نتائج نظرية، فليس على قاضي الإلغاء إلا أن يبحث فيــما إذا كان القرار المطعون فيه يجب أو لا يجــب أن يلغى، دون أن يهتم بما يترتب على هذا الإلغاء من نتائج ســلبية أو إيجابية، فإذا صححت الإدارة الوضع القانوني بإجراء لاحق فإن هذا يحمل في طياته أسمى آيات الاحترام لحكمكم، أما إذا صمم الطرفان على الاحتفاظ بالعقــد رغــم حكم الإلغاء فســيكون لهذا الحكم دائمــاً أثر مهم يتركــز في أنه أعلن حكم القانون، ولم يغلق أبواب المحكمة في وجه مواطن يســتعمل رخصة قد خوله إياها القانون لكي يراقب قرارات الإدارة وأنه قد نور الرأي العام بحيث يمتنع في المستقبل العودة إلى هذه التصرفــات الخاطئة، وهذا يتفق بصفة قاطعة مع تقاليد قضائكم المســتنير، ومســتلزمات الديمقراطية المنظمة"[(٧١٠)].

(٧١٠) راجع في عرض هذا د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص٢٠١،٢٠٠، ود. محمد عبد العال السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء، مرجع سابق، ص١١٠. غير أنه توجد أحكام قليلة لمجلس الدولة الفرنسي أعمل فيها أثر الإلغاء على العقد حيث قضى: «بأن القرار الصادر باختيار أحد المقاولين لبناء مدرســة دون الالتزام باتخاذ إجراءات الممارسة بينه وبين من لهم حق الاشتراك فيها يؤدي إلى بطلان القرار الصادر في هذا الشأن، وبالتــالي بطلان العقد الذي تم إبرامه مع المقاول المذكور راجع د. محمد عبد العال الســناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء، مرجع سابق، ص١١٣.

ولا يقــر البعض من الفقــه هذا الاتجاه مؤكداً على " أن إلغــاء القرار الإداري الذي أسـهم في تكوين عملية قانونية معينة يجب أن يؤدي إلى إلغاء العملية بتمامها، لأن ما بني على الباطل فإنه يبطل بالتبعية، ولا يعقل أن يهدم الأسـاس الذي بني عليه العقد ويظل العقد سـليماً، ولأن هــذا هو النتيجة المنطقية لكون الحكــم بالإلغاء حجة قبل الكافة"[711].

واتفاقــاً مع هذا يرى البعض أن الاتجــاه الغالب الذي أخذت به أحكام مجلس الدولة الفرنسي والمصري - والذي يقرر عدم ترتيب أي أثر مباشر على إلغاء القرار القابل للانفصال عــلى عقود الإدارة - اتجاه غير منطقي، ويخالف مــن ناحية أخرى القاعدة الأصولية التي تقــضي بأن ما بني على الباطــل فهو باطل، كما أنه لا يتفق مــن ناحية ثالثة مع المصلحة العامة التي تقضي بتيســير إجراءات التقــاضي وسرعة الفصل في المنازعات القضائية ولذلك فإننا نرى أنه قد يكون من المناسب أن يسمح لقاضي الإلغاء بترتيب كافة النتائج المنطقية المبنية على إلغاء القرار بما في ذلك بطلان العقد نفســه، على أنه يجب أن يختصم في هذه الحالة طرفي العقد ... وتكون وجهات النظر المختلفة مطروحة أمام قاضٍ واحد هو قاضي الإلغاء"[712].

وفي ذات الاتجــاه كان قــد رأى البعــض أنه "يجب أن يترتب على إلغــاء القرار الإداري الصادر بإرســاء المناقصة إلغاء العقد حتى لا يبقــى العقد قائماً على تصرف باطل ومخالف للقانون، ذلك أن إبرام العقد لا يجعل العقد الإداري بمنجاة من تنفيذ القانون، ووجوب أن تصدر القرارات مطابقة له، هذا فضلاً عن أنه يتجافى مع المنطق، كما قالت محكمة القضاء الإداري بحــق... وإلا لما كان هنــاك داعٍ لقبول دعوى الإلغاء فيما يتعلق بالقرارات الإدارية المنفصلة ما دام أن الإلغاء سوف لا يترتبً عليه آثاره، ولن يترتب عليه إلا أن يحصل المحكوم لصالحــه على تعويض من جهة الإدارة، هذا إذا لاحظنــا أن دعوى التعويض يمكن أن ترفع ابتداءً وبصفة أصلية»[713].

---

(٧١١) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص٤٣٧.

(٧١٢) راجع د. محمد عبد العال السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء، مرجع سابق، ص٨٧.

(٧١٣) راجع أ. حسين درويش عبد العال، النظرية العامة في العقود الإدارية، ج٢، ط١، مكتبة الأنجلو المصرية، ١٩٥٨، ص٢٠٤.

وأيضـاً في ذات الاتجـاه يرى البعـض من الفقه أنه لا يوجد مـبرر منطقي يفرض هذه النتيجة الشاذة فضلاً عن التزام أصحاب الشأن بضرورة الالتجاء إلى القضاء مرة أخرى لتقرير أمر مؤكد وواضح، فيه الكثير من العنت ولا يتفق وضرورة تيسير العدالة(٧١٤).

واقترح د. عبد الحميد حشيش بعد انتقاده لهذا الاتجاه حلّين، يتمثل الأول في أن يفسح لغـير أطراف العقد بأن يطالبوا بإبطاله أمام قاضيه الطبيعي، وذلك بأن يحصلوا على حكم بإلغـاء القرارات المنفصلة من قـاضي الإلغاء، وضرب لذلك مثلاً بأن صاحب العطاء الذي لم ترس عليه المناقصة لسبب غير مشروع يمكنه أن يلغي قرار رسو المناقصة على غيره، ثم يلجأ بعـد ذلك على قاضي العقد ليطالبه بإبطاله، اسـتناداً إلى عدم شرعية القرار، وتطبيق نفس القاعدة إذا كان مبنى الطعن في القرار مؤسساً على عدم صحة العملية التعاقدية نفسها.

والثـاني: هـو الاكتفاء بالالتجـاء إلى قاضي الإلغاء وأن يسـمح له بترتيـب كافة النتائج المنطقيـة المبنية على إلغاء القـرار بما في ذلك بطلان العقد نفسـه إلا أنه في الحالات التي يؤدي فيها إلغاء القرار إلى المساس بالعقد كله أو بعضه فإنه يتعين اختصام طرفي العقد ... حتى يدافع كل صاحب مصلحة عن حقوقه(٧١٥).

وقد ذهب الأسـتاذ (Pequignot) إلى أنه يتعين على القضاء الإداري إلغاء العقد المبني على قرار حكم بإلغائه لأن عدم مشروعية القرار يسري إلى العقد المبني عليه، واقترح الأستاذ بيكينو أنه على القضاء إذا لم يقبل بهذا الحل أن يسلك في هذا الصدد المسلك الذي كثيراً ما يلجـأ إليه في مجال الوظيفة العامة، فيحيل الأمر إلى الإدارة لتعمل حكم القانون أي تعمل على إلغاء العقد(٧١٦).

في حـين يرى البعض أنه رغم وجاهة الرأي السـابق من الناحيـة النظامية والنظرية، فإنه سـيصطدم بالعديد من الصعوبات من الناحية العملية، خاصة إذا وضعنا في الاعتبار

---

(٧١٤) راجع د. عبد المنعم عبد العظيم جيره، أثر حكم الإلغاء، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، منشورات دار الفكر العربي، ١٩٧١، ص٣٩٤.

(٧١٥) راجـع د. عبد الحميد كمال حشـيش، د. عبد الحميد كمال حشـيش، القرارات القابلة للانفصـال وعقود الإدارة (دراسـة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي ٣٤) نقلاً عن د. محمد عبد العال السـناري، مرجع سابق، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء، ص٨٤.

(٧١٦) راجع د. جمال عباس عثمان، النظرية العامة، مرجع سابق، ص٥٣٥.

أن الحصـــول على حكم بإلغاء القرار الإداري الذي يمثــل عنصراً من عناصر العقد الإداري قد يســتغرق عدة ســنوات، قد يكون خلالها المتعاقد مع الإدارة قد قام بتنفيذ جزء كبير من العملية محل العقد، فيكون من غير المنطقي فســخ العقد وإســناد العملية لمن صدر لصالحه حكم الإلغاء، ولذلك نرى أن إعمال الأثر المترتب على حكم الإلغاء ينبغي أن يكون حســب كل حالة على حده ولا يعمل على إطلاقه، ولا يقبل الاعتراض على ذلك بأن حكم الإلغــاء يمثل حجة على الجميع، وأن الأحــكام القضائية تحوز الحجية، لأن تنفيذ الأحكام القضائية لابد أن يرتبط بالآثار العملية التي تترتب على ذلك التنفيذ وهذا يجد أساسه في القاعدة الشرعية التي تقضي بأن الضرر لا يزال بضرر أكبر منه أو قاعدة أن الضرر الأخف يتحمــل لتفادي الضرر الأكبر، فإذا كانــت الأضرار الناتجة عن إعمال مقتضى حكم الإلغاء وما يقتضيه من فســخ العقد تفوق الأضرار التي تلحق بمــن صدر حكم الإلغاء لصالحه، ففــي هذه الحالة يظــل العقد قائماً، ومن ناحية أخرى فإنه يمكن تعويض من صدر حكم الإلغــاء لصالحــة عن الأضرار التي لحقت بــه وفي هذا إعمال ولو بصــورة جزئية للحكم الصادر...»[(٧١٧)].

ثانياً: أثر الحكم بإلغاء القرار المنفصل أمام قاضي العقد:

لحجيــة الحكم الصــادر بالإلغاء على الكافــة ولتمتع الأحكام القضائيــة بالحجية أمام القضــاء، فإن قاضي العقد إذا لجأ إليه أحد أطراف العقد طالباً إبطاله جزئياً أو كلياً تطبيقاً لإلغاء القرار المنفصل لأن العقد وفقاً لرأي البعض لا يعتبر باطلاً بمجرد صدور حكم الإلغاء بــل لا بــد أن يقضي بذلك قاضي العقد، وهو في ذلك لا يســتطيع أن يناقش الحكم الصادر بالإلغاء وإنما عليه أن يقوم بإعمال مقتضاه وفقاً لما يلي[(٧١٨)]:

- إذا كان الحكم الصادر بإلغاء القرار المنفصل عن العقد قد استند إلى عيب شاب القرار المنفصل في ذاته فإن دور قاضي العقد ينحصر في بيان أثر ذلك العيب على العقد.

---

(٧١٧) راجع د. فؤاد محمد موسى، مرجع سابق، ص١٥٨.

(٧١٨) راجع د. عبد المنعم جيره، مرجع سابق، ص٢٠٢، ود. محمد عبد الله السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء، مرجع سابق، ص٧٢ وما بعدها.

- إذا كان الحكم الصادر بإلغاء القرار المنفصل قد استند إلى عدم مشروعية العقد ذاته لأن القــرار يمس أصل العمليــة التعاقدية فلا يجوز لقاضي الإلغاء في هــذه الحالة أن يناقش الحكم ليثبت صحة العقد.

- بطلان القرار المنفصل وأثره على العملية العقدية على الإجراءات التالية له دون الإجراءات التي تمت صحيحة.

ومــن تطبيقات ديوان المظالم في هذا الشــأن أنه قضى بأنــه «والثابت أن المدعى عليها طبقت تلك التعليمات مع المدعية عند إبرام عقدها الأصلي ولم تطبقها عند تجديد العقد، واعتمدت على تقدير اللجنة المشــكلة لإعادة تقدير أجور ممتلكات الأمانة، وهذه مخالفة نظاميــة لا تقتضي إلغاء العقد المجدد ولا فســخه، لأن العقد تم مســتوفياً لشروطه، وهي أهلية أطراف العقد وتوفر الصفة لهما في محل العقد، والعلم بمحله وقيمته وغير ذلك من شروط العقــد، كما أنها قد انتفت موانع صحته، ولان الإعلان والمزايدة ليســت من شروط العقد ولا أركانه بل هي إجراءات تنظيمية تسبق العقد، فلا يعود تركها على العقد بالبطلان أو يقتضي فسخه، وعلى هذا فلا يجوز للمدعى عليها فسخ العقد، قبل نهاية مدته لمخالفة هــي ارتكبتهــا وكان لزاماً عليها الوفاء بالعقد لقول الله تبــارك وتعالى: (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقــود) ومقتضى الأمر الوجوب فيكون الوفاء بالعقــود واجباً وعلى الأمانة مراعاة عدم إبرام أي عقد دون طرحه في مزايدة عامة، تحقيقاً للعدل في المنافسة وتحقيقاً لأنظمة تأجير عقارات الدولة»[٧١٩].

وختاماً في آثار الحكم الصادر بالإلغاء على العقد؛ أعتقد وكنتيجة منطقية لحكم الإلغاء ومــا يتمتع به من حجية، فإن الحكم يقتضي بطلان العملية التعاقدية فما بني على الباطل فهو باطل، أما من الناحية العملية فإن المتعاقد ذا الأحقية يحل محل المتعاقد الأول ليكمل ما تبقى من العملية التعاقدية، كحالة ســحب العمل ســواءً بســواء، وإســناد تنفيذها إلى مقــاول آخر فهذه الحالة لا تختلف عن تلك، وعليه يحاســب المقاول الأول عما تم تنفيذه مــن أعــمال ويكون له الحق في رفع دعوى تعويض عما أصابــه من أضرار، وفي هذه الحالة نكون قد طبقنا حكم الإلغاء بما يتمتع به من حجية على الكافة وعالجنا الضرورات العملية.

(٧١٩) راجــع حكــم الدائرة الفرعية رقم ١/د/ف/٢١ لعام ١٤٢١هـ في القضية رقــم ٢/٩٢٦/ق لعام ١٤١٩هـ المؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم ٩٠/ت/١ لعام ١٤٢١هـ (حكم غير منشور).

وفي حالة تنفيذ العقد فإنه في هذه الحالة لا يكون أمام المدعي ســوى التعويض لانتهاء المصلحة في الإلغاء.

لكن أعتقد أن إيجاد حل قانوني شــامل لهــذا الموضوع أوجه من هذه المعالجة، ويمكن أن يكون في جعل دعوى الإلغاء المتعلقة بالعقود دعوى موضوعية مســتعجلة، بحيث يضع النظــام لها من الإجــراءات والمواعيد ما يكفل الحكم في دعوى إلغاء القرارات المنفصلة عن العقد في مدة لا تزيد عن ستين يوماً من تاريخ رفع الدعوى، فالقضاء وضع لحفظ الحقوق، وبالتالي وجب تنظيمه وفقاً لتحقيق هذه الغاية.

الفصل الثاني
المنازعات المتعلقة بتكوين العقد الإداري والقرارات المتصلة به

سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في الأول منهما المنازعات المتعلقة بتكوين العقد الإداري، والثاني عن المنازعات المتعلقة بالقرارات المتصلة بالعقد الإداري وذلك كما يلي:

المبحث الأول:

المنازعات المتعلقة بتكوين العقد الإداري:

يتكون العقد الإداري من عدة أركان هي الرضا والمحل والسبب، وقد تمت الإشارة اليها تفصيلاً فيما سبق[٧٢٠] والذي يعنينا هنا في هذا المبحث هو صفة رافع الدعوى فالدعوى لا تكون مقبولة كما هو مستقر فقهاً ونظاماً وقضاءً إلا إذا كانت مرفوعة من ذي صفة على ذي صفة، وتحدد الصفة في دعوى بطلان العقد بين طرفيها ... لكن هل يجوز أن ترفع دعوى بطلان العقد[٧٢١] من الغير؟

قضى ديوان المظالم بقبول دعوى بإلغاء العقد حيث قضى بأنه "وبما أن المدعية تهدف من إقامة هذه الدعوى إلى إلغاء عقد المستثمر الآخر (مركز مزاد الأسماك) المبرم مع المدعى عليها؛ نظراً لما يترتب على وجوده من خسائر للمدعية في مشروعها المتعاقد عليه مع المدعى عليها، فإن المحاكم الإدارية مختصة ولائياً بنظر الدعوى، طبقاً لما نصت عليه المادة(١٣/د) من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ وأما عن القبول الشكلي: فبما أن العقد المبرم بين المدعية والمدعى عليها لا زال مستمراً وموضوع النزاع المتعلق به، فإن هذه الدعوى مقبولة شكلاً .. وأما عن موضوع الدعوى فإن الثابت من أوراق الدعوى ومستنداتها تعاقد المدعية مع المدعى عليها على تشغيل سوق الشمال للأسماك بموجب العقد المبرم بين الطرفين رقم (...) وبما أن العقد المشار إليه أعلاه وكراسة الشروط والمواصفات الخاصة باستثمار الموقع لم تتضمن كون المشغل لهذا المشروع هو

---

(٧٢٠) راجع المبحث الرابع من الفصل الأول من الباب الأول.

(٧٢١) توجد تفرقة بين دعوى إلغاء العقد ودعوى البطلان، فدعوى الإلغاء تنظر أمام قاضي الإلغاء وتقبل من طرفي العقد والغير، أما دعوى البطلان فإنها دعوى ترفع أمام قاضي العقد وفقاً لدعوى القضاء الكامل، ويتفق كثير من الفقه على عدم قبول دعوى الإلغاء ضد العقود الإدارية باعتبار أن هناك دعوى موازية وهي دعوى البطلان، كما أن دعوى الإلغاء ولأن محلها قرار إداري فإنها لا تقبل دعوى الإلغاء، والقضاء الفرنسي والمصري لا يقبل دعوى الإلغاء ضد العقود الإدارية، في حين يدافع البعض من الفقه الفرنسي عن إمكانية قبول دعوى إلغاء العقد أمام قاضي الإلغاء حيث لا تتأبى على الإلغاء راجع تفاصيل أكثر د. محمد عبد العال السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء،مرجع سابق، ص٨٩ وما بعدها، وأعتقد أن دعوى إلغاء العقد لا تتفق مع أصول دعوى الإلغاء، وتكون دعوى البطلان هي الدعوى التي تتناسب مع العقود، ويمكن رفعها من طرفي العقد ومن الغير ما دامت هناك صفة ومصلحة في الدعوى.

الوحيد الذي يحق له ممارسة هذا النشاط دون غيره (...) وبما أن طلب المدعية إلغاء عقد المستثمر الآخر لا يسنده دليل من الشرع والنظام مما يجعله حري بالرفض..."(٧٢٢).

وقد قبل القضاء المصري دعوى بطلان العقد من الغير ما دامت توافرت صفة ومصلحة في الدعـوى حيث قضـت محكمة القضـاء الإداري (٧٢٣) بأن "...وحيث إنـه يبين من بنود العقد موضوع النزاع أنه مبرم بين شـخص معنوي عام ممثلاً في هيئة المجتمعات العمرانية الجديـدة والشركة العربيـة للمشروعات والتطوير العمراني شركة مسـاهمة، والهدف منه تحقيق أغراض المرفق العام بإنشاء المجتمعات العمرانية الجديدة وتنميتها في تلك الأراضي المخصصة لهذه المجتمعات ومنها الأرض موضوع العقد مثار النزاع، وقد تضمن هذا العقد شروطاً اسـتثنائية تخرج عن الشروط المألوفة في روابط القانون الخاص على النحو السالف بيانه بما يقطع بتوفر عناصر العقد الإداري في عقد البيع موضوع هذا النزاع، وبالتالي تختص محاكم مجلس الدولة بنظر المنازعات الناشـئة عنه، وإذ كان هذا القانون قد حدد السـبل التـي يجب على هيئة المجتمعات العمرانية ولوجها في هـذا التعاقد، على النحو المنصوص عليه تفصيلاً في مواد الباب الثالث من هذا القانون، وذلك عن طريق المزايدة العلنية العامة أو المحلية أو بالمظاريف المغلقة، وأجاز اسـتثناء اتباع سـبيل الممارسة المحدودة المنصوص عليهـا حصراً في المادة (٣٠) منه، وكذلك التعاقد بطريق الاتفاق المباشر في الحالات العاجلة التي لا تحتمل اتباع الطرق الأصلية المذكورة، وبالأسـس والإجـراءات والضوابط المنصوص عليهـا في المادة (٣١) منه، وذلك كله وفقاً للإجـراءات والقواعد المنصوص عليها في القانون آنـف الذكـر وما تضمنته اللائحة التنفيذية لهذا القانون بقـرار من وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨.

وحيـث إن هيئـة المجتمعـات العمرانيـة الجديدة قد تعاقـدت مع الشركـة العربية للمشروعات والتطوير العمراني على بيع مسـاحة ثمانية آلاف فدان بمنطقة الامتداد العمراني بمدينة القاهرة الجديدة، على النحو السـالف بيانه، وذلك بالتعاقد مباشرة مع هذه الشركة

(٧٢٢) راجـع حكم المحكمة الإدارية رقم ٢٢٦/د/٢ لعام ١٤٣٢هـ في القضية رقم ١/٦٥٧٨/ق لعام ١٤٣١هـ المؤيد من محكمة الاسـتئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٢١٤ لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم ١٩١٨/ق لعام ١٤٣٣ هـ (حكم غير منشور).

(٧٢٣) هذا الحكم يمتع بأهمية في موضوعه لذا أوردنا منه عدة فقرات ليستبين موضوع الحكم.

دون اتباع طرق التعاقد الواجب اتباعها طبقاً لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨، وهى بحسب الأصل المزايدة العلنية عامة أو محلية، كما أن أوراق الدعوى ومستنداتها قد أكدت أن ظروف هذا التعاقد تقتضى ولوج الطرق الاستثنائية المنصوص عليها في هذا القانون، وهي الممارسة المحدودة أو الاتفاق المباشر، وأقد أبرمت الهيئة هذا العقد متجاهلة أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المشار إليه الذي أضحى الشريعة العامة الواجبة الاتباع في هذا التعاقد، وارتكنت الهيئة في تعاقدها مع الشركة المذكورة إلى أحكام القانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٧٩ في شأن إنشاء المجتمعات العمرانية الجديدة والقرارات المنفذة له، والتي جاءت خلواً من الوسيلة التي يتعين إبرام العقد محل النزاع مع الشركة المذكورة دون سند تشريعي وبالمخالفة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المشار إليه.

وحيث إنه ثبت من جملة ما تقدم عدم اتباع هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة للقواعد والأسس والإجراءات المنصوص عليها في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨، في شأن إبرامها عقد البيع الابتدائي محل النزاع مع الشركة العربية للمشروعات والتطوير العمراني، وتلك القواعد والإجراءات تمثل في مجموعها أسساً جوهرية واجبة الاتباع لكونها تتعلق بشكل وموضوع العقد، فمن ثم فإن مخالفة الهيئة المذكورة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المشار إليه يجعل تصرفها مشوباً بالبطلان، وترتيباً على ذلك فإنه يتعين القضاء ببطلان عقد البيع الابتدائي المبرم بين الهيئة والشركة المذكورة في١/٨/٢٠٠٥ وملحقه المؤرخ٢١/١٢/٢٠٠٨ ببيع الهيئة للشركة مساحة ثمانية آلاف فدان بمنطقة الامتداد العمراني بمدينة القاهرة الجديدة لإقامة مشروع (مدينتي)...[٧٢٤].

وجاءت المحكمة الإدارية العليا لتؤيد ذلك الحكم بما لم يخرج عن أسبابه التي بني عليها ونجتزئ منه بعض الفقرات حيث قضت بأنه «... ونص المادة ١٢ من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة١٩٧٢ – لقبول أي دعوي أو طلب أو دفع أن يكون لصاحبه فيه مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون، بيد أن المشرع لم يعرف المصلحة أو يحدد مضمونها تاركاً ذلك للفقه والقضاء.

(٧٢٤) - راجع حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ١٢٦٢٢ لسنة ٦٣ ق، بجلسة ٢٢/٦/٢٠١٠.

... ومن حيث إنه في خصوص مدى توفر شرطي الصفة و المصلحة في المدعين في الدعوي المطعون في الحكم الصادر فيها بموجب الطعنين الماثلين، فإنه لما كانت المادة٣٠ من الدستور الحالي تنص على أن «الملكية العامة هي ملكية الشعب و تتمثل في ملكية الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة». كما تنص المادة (٣٣) منه على أن «للملكية العامة حرمة وحمايتها ودعمها واجب على كل مواطن وفقاً للقانون».

ومن حيث إن مفاد ذلك أن الملكية العامة تتمثل في الأموال المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ومنها الهيئات العامة، وأن هذه الأموال ملك للشعب بكل أفراده ملكية شيوع، الأمر الذي يجعل لكل مواطن من أفراد هذا الشعب حقاً في هذه الأموال له، - بل عليه – أن يهب للدفاع عنه على وفق ما يقرره القانون أي باتباع الإجراءات والرخص والوسائل التي قررها القانون لكفالة هذه الحماية ومنها اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم قضائي يكون بمثابة السند التنفيذي الذي تتحقق به الحماية المنشودة.

ولما كان ذلك، وكانت الدعوي الصادر فيها الحكم المطعون فيه تنصب على طلب الحكم ببطلان عقد بيع هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة إلى الشركة العربية للمشروعات والتطوير العمراني قطعة أرض مساحتها ثمانية آلاف فدان لإقامة مشروع "مدينتي" عليها بناءً على ما ساقه المدعيان من أسانيد حاصلها أن هذا البيع تم بمقابل بخس، وجاء ثمرة إجراءات غير صحيحة ، فمن ثم فلا محيص من القول – بالنظر إلى حجم الأرض محل التصرف المطلوب الحكم ببطلانه وماله من انعكاس على حقوق المدعين وغيرها في تراب هذا الوطن – بأن لكل مواطن مصري صفة ومصلحة في النعي مثل هذا التصرف وولوج سبيل الدعوي القضائية دفاعاً عن حقه في هذا المال من دون أن تختلط دعواه في هذه الحالة بدعوي الحسبة. وبناءً عليه يكون للمدعين مصلحة حقيقية – وليست نظرية – في دعواهما التي طلبا فيها الحكم ببطلان عقد البيع المشار إليه بسند من أن إبرامه قد تم بخروج بواح على القانون، أهدرت فيه قواعد المساواة وتكافؤ الفرص التي بمراعاتها يتمكنان وغيرهما من التنافس في الفوز بقطع من أرض الدولة تلك ... ومن مؤدى ما تقدم، أنه متى حدد المشرع – بموجب ما يسنه من قوانين ولوائح– طريقة معينة وإجراءات محددة لإبرام عقود الإدارة، تقديراً من المشرع لأن هذه الطريقة هي التي تتحقق بها المساواة و تكافؤ الفرص – حسبما يوجبه الدستور – فضلاً عن حرية المنافسة وما تثمره من تنافس تتحقق

بــه المصلحــة العامة، حيث يتبارى المتقدمون في تقديم أفضــل العروض. ففي هذه الحالة تختلط طريقة التعبير عن الإرادة – باتباع هذه الطريقة أو عدم اتباعها – بمشروعية الإرادة ذاتهــا، ومن ثم لا تكون الإرادة - والتي هي قوام ركن الرضا في العقد- صحيحة ومعتبرة إلا باتبــاع هــذه الطريقة، خاصة إذا كان المقبل على التعاقد مــع جهة الإدارة يعلم حقيقة أو حكماً – من خلال علمه المفترض بالقوانين واللوائح التي توجبه هذه الطريقة ســبيلاً لإبرام العقد – بوجوب اتباع هذه الطريقة لتحقيق هذا الغرض.

..ومــن حيــث إن عقــد التداعي هو عقد بيع، ورغم ما اشــتمل عليه من بيع مســاحات شاسعة تكفي لإنشــاء مدينة بأكملها، فقد جرى إبرامه بالأمر المباشر، في خروج سافر وإهدار بواح لأحكام قانون المناقصات والمزايدات المشــار إليه وما تقتضيه أصول الإدارة الرشــيدة من أن يجرى إبرامه من خلال مزايدة علنية، أو مظاريف مغلقة، يتبارى فيها المتنافسون، وهو ما يعيــب الإرادة التي انعقد بموجبها العقد، بــل ويلقي بظلاله ويعكس آثاره على التوازن المالي - مقابــلاً وشروطاً - للعقد، وهو ما من شــأنه أن يصيب العقد - بوصفــه من روابط القانون العــام – بالبطلان ... كما لا ينال مما تقدم القول بتأبي الحكم ببطلان العقد بعد أن دخل حيز التنفيذ، ذلك أنه من المقرر قانوناً أن البدء في تنفيذ العقد لا يحول دون الحكم ببطلانه..."[٧٢٥].

وأعتقــد أنــه ليس هناك ما يمنع من قبــول دعوى البطلان من الغــير في دعاوى العقود الإدارية، لأن هذه العقود لا تتعلق بمصالح شخصية لأطرافها بقدر ما تتعلق بالمصلحة العامة التي تقوم عليها، والتي تثبت الصفة لكل مواطن بالطعن على هذه العقود، فإنه يجب دائماً النظر للعقود الإدارية في ضوء هذه السمة وهي تعلق هذه العقود بالصالح العام.

هذا وتختص المحاكم الإداريــة بنظر دعوى بطلان العقد وفقاً لما حددته المادة (١٣/د) مــن نظامــه والتي نصت على أن "تختص المحاكم الإداريــة بالفصل في الآتي: ... د-الدعاوى المتعلقة بالعقود التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها".

ولا توجــد أي إجــراءات خاصة برفع هذه الدعوى وإنما ترفــع مباشرة إلى ديوان المظالم خلال عشر سنوات من تاريخ نشوء الحق المدعى به كما نص على ذلك نظام المرافعات أمام ديوان المظالم.

(٧٢٥) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٠٩٥٢ و٣١٣١٤ لسنة ٥٦ ق.ع جلسة ١٤/ ٢٠١٠/٩.

المبحث الثاني

المنازعات المتعلقة بالقرارات المتصلة بالعقد الإداري:

إذا كانت القرارات المنفصلة عن العقد هي تلك القرارات التي تسهم في تكوين العملية العقديــة غير أنها بطبيعتها تنفصــل عنها كما يمكن أن تتوقف العملية التعاقدية عند هذه القــرارات دون أن نصل لمرحلة تكوين العقد، فإن القرارات المتصلة هي تلك القرارات التي تستند على العقد وتتصل بتنفيذه وانقضائه، وعلى ذلك فإن هذه المرحلة تبدأ من اللحظة التي يصل فيها القبول إلى علم الموجب وتنتهي بانتهاء العلاقة التعاقدية.

وسنتناول هذه القرارات من حيث تحديدها والإجراءات التي تتعلق بها، وحدود الرقابة القضائية عليها في عدة مطالب كما يلي:

المطلب الأول

صور القرارات المتصلة بالعقد الإداري:

القــرارات المتصلة هي تلك التي تتصل بالعقد ولا يمكــن أن تنفصل عنه لأنها تطبيق له، فبعد أن يكتمل العقد تصبح كل القرارات الصادرة تطبيقاً له من القرارات المتصلة به وتعامل باعتبارهــا حقوقاً والتزامات منبثقة عن العقد ســواءً تعلقت بتنفيــذه أو بوقفه أو انقضائه، وســواءً ما تعلق منها بأصل المنازعة أم تفرع عنها، وتتعدد صور القرارات المتصلة وقد أشرت إليها تفصيلاً عند تناول سلطات الجهة الإدارية ونورد هنا بإيجاز صور هذه القرارات كما يلي:

أولاً: قرار تغيير موقع تنفيذ العقد:

قــد يختلف محــل تنفيذ العقد عن محل العقد فإنه إذا كان عقد الأشــغال - المتضمن إنشاء مدرسة - محله هو الالتزام الذي يقع على عاتق المتعاقد والذي هو القيام ببناء هذه المدرسة وفقاً لمقتضى العقد، فإن مكان البناء يكون في هذه الحالة مكان تنفيذ العقد وليس محل العقــد، فهو محل تطبيق هذا الالتزام وليس ذات الالتــزام، ويعد محل تنفيذ العقد مــن الالتزامات العقدية التي تفرض على جهة الإدارة، ويعد عدم الوفاء به خطأ عقدي قد يبرر فسخ العقد.

ثانياً: سحب العمل:

قرار سـحب العمل هو قرار من القرارات المتصلة بالعقد لأنها منبثقة منه ولا تكون إلا مرتبطـة به، وتنظر باعتبارها دعوى عقدية، وفي هذا قضى ديوان المظالم بأن المدعية تهدف "من دعواها بعد حصرها إلى عدة مطالبات هي: إلغاء قرار سـحب المشروع واعتباره كأن لم يكن لمخالفته لنظام المنافسـات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية وما ترتب عليه من آثار، وإلزام المدعى عليها بالتعويض عن تشـويه سـمعة الشركة المدعية لدى الجهات الحكومية، ولدى الشركات الأخرى والبنوك نتيجة سحب المشروع لجبر الضرر الذي حل بها نتيجة ذلك، وحيث إن أحد أطراف العقد جهة حكومية مما تكون معه الدعوى واردة على عقـد إداري فتدخل في اختصاصات الديوان بموجب الفقـرة (د) من المادة (١٣) من نظام ديوان المظالم، وحيث إن الدائرة أحالت القضية إلى الهيئة السـعودية للمهندسـين لتقديم تقريـر فنـي يتضمن ما يلي: هل حصل تقصير من جانب المدعيـة في بداية العقد؟ وصحة قرار المدعى عليها بسـحب المشروع من المدعية وتنفيذه على حسابها، والأسباب التي أدت إلى ذلك، وتحديد ما تم إنجازه من أعمال في المواقع المطلوب تنفيذها حتى تاريخ السحب، وحيث إنه واستناداً على دراسة الخبير لمطالبات الطرفين والنتائج التي تم التوصل لها يوصي الخبير بالتالي:

١- إلغاء قرار المدعى عليها، بسحب المشروع من المدعية، وتنفيذه على حسابها للعقد محل الدعوى وإلغاء ما ترتب على ذلك من (...) وحيث إن الدائرة ترتئي أن تقرير الخبير وما توصل إليه بعد دراسة القضية من كل الجوانب يمكن الركون إليه بالنسبة إلى قرار سحب المشروع من المدعية، لأن تأخر المدعية مبرر بتكليفها بأعمال ليسـت في العقد فالتأخير الـذي حصل في العقد ليس ناتجاً عن المدعية وإنما كان بسـبب المدعى عليها، وأن قرار المدعى عليها بسـحب المشروع ليس في محلـه، كما كان يتوجب معه على المدعى عليها توجيـه إنذار للمدعية قبل سـحب المشروع، لذلك فإن ما تنتهـي إليه الدائرة هو عدم أحقية المدعى عليها ... في سحب المشروع من المدعية"[٧٢٦].

(٧٢٦) راجـع حكم المحكمة الإدارية رقم ١٦٥/د/إ/٥ لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم ١/٢٨١٢/ق لعام ١٤٣٠هـ المؤيد من محكمة الاستئناف بالحكم رقم ٤/٥٠ لعام ١٤٣٥هـ في القضية رقم ١٢٠٥/ق لعام ١٤٣٤هـ (حكم غير منشور).

ثالثاً: قرار تعديل العقد:

مـر بنا قبل ذلك ضوابط تعديل العقود وهي قرارات متصلة بالعملية العقدية وتتعلق بركن المحل، وهي سـلطة إداريـة لا تتوقف على رضا المتعاقد غـير أنها محدودة بضوابط قانونية محـددة إذا تجاوزتها فإنه في هذه الحالة يمكن للمتعاقد رفض تلك القرارات، وكل مـا تقوم به الجهة الإدارية ترتيبًا على هذا الأثر حال مخالفة الضوابط النظامية يعد قانوناً لا أساس له، وفي هذا قضى ديوان المظالم بأنه "وحيث أجاز نظام مشتريات الحكومة للجهة الإداريـة صاحبة المشروع الزيادة في حدود١٠٪ أو النقـص في حدود ٢٠٪ من قيمة العقد، فإن المقاول يكون ملتزماً بما يشـتمل عليه هذا النص في حدود نصوص عقده إلا أن البلدية لأسـباب مختلفة ذكرتها قد زادت أعمال المشروع أكثر من النص النظامي بالإضافة إلى عدم وجود بند لهذه الزيادة، وقامت بتعميد المقاول بالعمل على المخططات التي جرى تعديلها مما حصل معه الآتي:

١- زيـادة تكلفـة المشروع زيادة كبيرة قد تصل إلى ٦٠٪ مـن قيمة العقد. ٢-تغيير كميات المـشروع بالزيـادة أو النقص لكثير من البنود كالخرسـانة العادية والمسـلحة والأعمال الترابيـة والميكانيكيـة والكهربائية ... يتعين أن تكون هذه الأعبـاء في الحدود الطبيعية والمعقولة من حيث نوعها وأهميتها وفي نطاق موضوع العقد بحيث لا تتجاوز إمكانيات المتعاقد الفنية والمالية، أو أن يكون من شـأنها أن تقلب العقد رأسـاً على عقب بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عرض جديد أو تغيير موضوع العقد أو محله[٧٢٧].

رابعاً: قرار إنهاء العقد:

تملك الجهة الإدارية إنهاء العقد قبل أوانه، أما بفسـخ العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة، وفي الحالة الأولى تستند الإدارة إلى مخالفة المتعاقد للالتزامات التعاقدية التي تبرر لها نظاماً فسخ العقد بقرار إداري تصدره دون اللجوء إلى القضاء، وفي الحالة الثانية أيضاً بقرار إداري ودون اللجوء إلى القضاء لكن ليس اسـتناداً إلى خطـأ المتعاقد معها وإنما تحقيقاً للمصلحة العامة التي كما بررت إبرام العقد فإنها هي أيضاً يمكن أن تبرر إنهاءه وذلك لتعلق العقود

(٧٢٧) - راجـع حكم الدائرة الإدارية رقم ١٧/د/إ/٥ لعام ١٤٢٧هـــ في القضية رقم ١/١/١٠٩٨/ق لعام ١٤١٧هـ المؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم ٣٣٥/ت/١ لعام ١٤٢٧هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٢٧هـ مرجع سابق، ج٥، ص٢٢٩٨.

الإدارية بالصالح العام، وعليه فإن هذه السلطات يجب أن تمارس في داخل الأطر النظامية التي تحكمها وإلا أصابها البطلان وما يترتب على ذلك من آثار وفي هذا قضى الديوان بأنه «وإن كانت الجهة الإدارية في العقود الإدارية تملك من جانبها وبإرادتها المنفردة إنهاء العقد دون حاجة اللجوء إلى القضاء أو موافقة المتعاقد معها، إلا أنه يجب أن يكون قرار الجهة بإنهاء العقد شأنه شأن أي قرار تصدره الجهة الإدارية، يجب أن يكون مبنياً على سبب يبرر إصداره»[٧٢٨].

المطلب الثاني:

إجراءات رفع دعوى بطلان القرارات المتصلة بالعقد الإداري:

بعض المنازعات حدد لها النظام إجراءات معينة أمام جهة معينة وجوباً أو جوازاً حيث نصت المادة (٧٨/ب) منه على أن «تتولى هذه اللجنة النظر في طلبات التعويض المقدمة من المقاولين والمتعهدين وكذلك بلاغات الغش والتحايل والتلاعب وقرارات سحب العمل والنظر في طلبات الجهات الحكومية التي ترد إلى وزير المالية بطلب منع التعامل مع المقاول الذي نفذ مشروعاً تنفيذاً معيباً أو مخالفاً للشروط والمواصفات الموضوعة له».

وأيضاً نصت المادة (٥٤) من النظام على أنه «يجب على الجهة الحكومية تنفيذ العقد وفقاً لشروطه، وإذا أخلت بتنفيذ التزاماتها بما في ذلك تأخير سداد المستحقات، جاز للمتعاقد التقدم بهذه المطالبات أمام اللجنة المنصوص عليها في المادة (الثامنة والسبعين) من هذا النظام».

وتبياناً لهذه الاختصاصات وإجراءاتها نتناولها كما يلي:

أولاً: طلبات التعويض:

في هذه الدعاوى قد وضعت اللائحة ضوابط وإجراءات قبل رفع الدعوى إلى ديوان المظالم فقد نصت المادة (١٥٢) من اللائحة على أنه :

(٧٢٨) راجع حكم المحكمة الإدارية في الأمر القضائي رقم ٤٥/د/إ/٥ لعام ١٤٢٨هـ في القضية رقم ١/٢٨٠٤/ق لعام ١٤٢٧هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٢٨هـ ج٤، ص١٩٩٤.

١- تختــص اللجنة بالنظر في طلبات التعويض المقدمــة بناءً على العقود المبرمة وفقاً لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية وهذه اللائحة.

٢- لا تنظر دعوى المطالبة بالتعويض إلا بعد انتهاء تنفيذ العقد وتسليم الأعمال تسليماً نهائياً.

٣- أن يتــم اللجوء أولاً إلى الجهة المتعاقدة بطلب التعويض، فإن لم يقتنع المدعي بما تنتهي إليــه الجهة، أو مضت مدة ســتين يوماً مــن تاريخ رفع المطالبة إلى الجهة بمســتندات مكتملة دون البت فيها، جاز رفع المطالبة بالحق المدعى به إلى اللجنة».

وتشكل هذه اللجنة وفقاً للمادة (٧٨) من النظام بقرار من وزير المالية من مستشارين، لا يقل عددهم عن ثلاثة، من الوزارة والجهات الحكومية الأخرى ذات العلاقة بعد التنسيق مع تلك الجهات، ويكون من بينهم مستشار قانوني وخبير فني، ويرأس هذه اللجنة مستشار قانوني لا تقل مرتبته عن الثالثة عشرة أو ما يعادلها، وينص في التكوّين على عضو احتياطي، لتقرير نزاهة هذه اللجنة وإبعادها عن أية مؤثرات يعاد تكوينها كل ثلاث سنوات، ويجوز تجديد عضويتها لمرة واحدة فقط».

وعلى الأصول النظامية لعمل اللجنة نصت المادة (٧٨/ج/د/هـ) على أنه:

«ج- يجب على هذه اللجنة سماع أقوال المتظلمين من المقاولين والمتعهدين ومن نسبت إليهــم المخالفة ودفوعاتهم ووجهة نظر الجهة الحكومية في ذلك حضورياً أو كتابياً، ولها أن تســتعين بمن تراه من المختصين الفنيين، وتصدر اللجنــة قرارهــا – بحضور كامل أعضائها – بالإجماع أو بالأغلبية، ويوضح في محاضر اللجنة الرأي المخالف إن وجد، وحجة كلا الرأيين.

د- إذا ثبــت لــدى هذه اللجنة أحقية المقاول أو المتعهد، تصــدر اللجنة قرارها في دفع التعويضات. ويكون هذا القرار قابلاً للاعتراض عليه أمام ديوان المظالم خلال ستين يوماً من تاريخ إبلاغه لصاحب الشأن.

هـ - إذا ثبت لدى هذه اللجنة مخالفة المتعاقد مما أشــير إليه في الفقرة (ج) من هذه المــادة، تصدر اللجنة قــراراً بمنع التعامل معه مدة لا تتجاوز خمس ســنوات. ويكون هذا القــرار قابلاً للاعتراض عليه أمام ديوان المظالم خلال ســتين يومــاً من تاريخ إبلاغه لصاحب الشــأن. وبعد صدور حكم نهائي من الديوان بالإدانــة أو إذا انتهت مدة الاعتراض دون أن

يقدم اعتراضه، يشــهر به على نفقته في صحيفتين محليتين، وتبلغ جميع الجهات الحكومية بمنع التعامل معه بتعميم من وزير المالية».

ثانيــاً: الدعاوى المتعلقة ببلاغــات الغش والتحايل والتلاعب وقرارات ســحب العمل وطلبات الجهات الحكومية التي ترد إلى وزير المالية بطلب منع التعامل مع المقاول الذي نفذ مشروعاً تنفيذاً معيباً أو مخالفاً للشروط والمواصفات الموضوعة له:

يتم اللجوء مباشرة إلى اللجنة المذكورة لتمارس إجراءاتها بنفس الشكل السابق غير أنه إذا كان في دعاوى التعويض يؤدي عدم حضور المدعي ثلاث مرات إلى شــطب الدعوى فإنه في هذه الدعوى من حق اللجنة إصدار القرار بشأنه غيابياً.

إذا ثبــت لدى هذه اللجنة مخالفة المتعاقد تصــدر اللجنة قراراً بمنع التعامل معه مدة لا تتجاوز خمس ســنوات. ويكون هذا القرار قابلاً للاعتراض عليه أمام ديوان المظالم خلال ستين يوماً من تاريخ إبلاغه لصاحب الشان. وبعد صدور حكم نهائي من الديوان بالإدانة أو إذا انتهت مدة الاعتراض دون أن يقدم اعتراضه، يشهر به على نفقته في صحيفتين محليتين، وتبلغ جميع الجهات الحكومية بمنع التعامل معه بتعميم من وزير المالية.

وفي شأن هذه الدعاوى قضى ديوان المظالم بأنه «وحيث إنه عن الموضوع فإن اختصاص لجنة النظر في بلاغات الغش والتحايل وقرارات سحب العمل طبقاً للمادة الرابعة والخامسة من القواعد الصادرة بتنظيمها ينحصر في النظر فيما إذا كانت المخالفات المنسوبة للمتعاملين مع الحكومة وكذلك قرارات سحب العمل منهم توجب منع وحظر التعامل معهم من قبل الحكومــة أم لا، لذلك يتعين على اللجنة عند عرض الموضــوع عليها أن يقتصر قراراها على منع التعامل وفرض الحظر لمدة محددة، أو التقرير بعدم ما يوجب ذلك المنع حسبما يؤدي إليــه اجتهادها، وحيث إن قرار اللجنــة تضمن في منطوقه بالإضافة إلى الحكم بعدم وجود ما يســتوجب الحظر تضمن الاكتفاء بتحميل المدعية فرق التنفيذ على الحساب وهو ليس من اختصاصها التقرير بذلك الأمر الذي يســتوجب إلغاء هذه الجزئية من القرار لمخالفتها قواعد الاختصاص»[٧٢٩].

---

(٧٢٩) حكــم الدائرة الإدارية رقــم ١١٤/د/إ/٥ لعام ١٤٢٦هـ في القضية رقــم ١/١٢٥٤/ق لعام ١٤٢٦هـ المؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم ٢٤٧/ت/٥ لعام ١٤٢٧هـ (حكم غير منشور).

وقضى الديوان أيضاً بأنه "فإن الثابت أن وزارة ... سـحبت من المدعية عقد اسـتكمال مـشروع ... فطعنت المدعية على هذا القرار أمام لجنـة النظر في طلبات التعويض ومنع التعامل مع المقاولين، فصدر قرارها بعدم اختصاصها بنظر طلب المدعية، والمدعية تطعن على هذا القرار وبمطالعة المادة (٧٨) من نظام المنافسـات والمشـتريات الحكومية فإنها نصت على أن:

«أ- يكّون وزير المالية لجنة من مستشارين، لا يقل عددهم عن ثلاثة ...

ب- تتـولى هذه اللجنة النظـر في طلبات التعويض المقدمة من المقاولين والمتعهدين، وكذلـك بلاغات الغـش والتحايل والتلاعب، وقرارات سـحب العمـل، والنظر في طلبات الجهـات الحكومية التي تـرد إلى وزير المالية بطلب منع التعامـل مع المقاول الذي نفذ مشروعاً تنفيذاً معيباً أو مخالفاً للشروط والمواصفات الموضوعة له». والمسـتفاد من هذه المـادة أن اختصاص اللجنة محصور فيما ذكر في الفقرة (ب) وليس منها النظر في الطعون على قرارات سحب العمل، ومن ثم فإن قرار اللجنة جاء صحيحاً وموافقاً للنظام، ولا تجد الدائرة فيما قدمته المدعية ما يوجب إلغاءه، ولا يقال أن الفقرة نصت على قرارات سحب العمل، فإن لفظ (وقرارات سـحب العمل) الواردة في المـادة معطوف على كلمة الغش، وقـد أضيفت هـذه الكلمة إلى بلاغات وحيث إن المعطـوف يأخذ حكم المعطوف عليه، فإن تقدير لفظ الفقرة يكون: (وبلاغات قرارات سـحب العمل) ومن ثم فإن نظر اللجنة إنمـا هو في البلاغات التي تقدمها الجهات الإدارية عن تلك القرارات، ولا يتجاوز ذلك إلى الإلغاء»[٧٣٠].

غير أن هذا التفسـير لقرارات سـحب العمل بأن المادة لا تتعلق بقرارات سحب العمل ذاتهـا وإنما تتنـاول البلاغات المقدمة عنها، فإن ورشـة العمل التي أقامهـا ديوان المظالم بتاريخ ١٤٣٥/٧/٢٦هـ بمقر محكمة الاسـتئناف الإدارية بمنطقة مكة المكرمة، حول طبيعة التظلم من اللجنة المشكلة في وزارة المالية بناءً على نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، واختصاص هذه اللجنة من الناحية الموضوعية، فقد جاء في ورقة العمل المقدمة من بعض القضاة إلى اختصاص اللجنة بقرارات سـحب العمل ذاتها، حيث قسم فضيلته اختصاصات

(٧٣٠) راجع حكم المحكمة الإدارية، الدائرة الإدارية الرابعة، في القضية رقم ١/٤٢٦٤/ق لعام ١٤٣٥هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية، الدائرة الرابعة، في القضية الاستئنافية رقم ٦٧٠٢/ق لعام ١٤٣٦هـ (حكم غير منشور).

اللجنة إلى قسمين، الأول اختصاصات إدارية محضة، وهي النظر في بلاغات الغش والتحايل والتلاعــب، و النظــر في طلبــات الجهات الحكوميــة التي ترد إلى وزيــر المالية بطلب منع التعامل مع المقاول الذي نفذ مشروعاً معيباً أو مخالفاً للشروط والمواصفات الموضوعة له.

أما القســم الثاني فعن الاختصاصات الموضوعية وهي النظر في قرارات ســحب العمل، والنظــر في طلبــات التعويض المقدمة من المقاولــين والمتعهدين، والنظــر في إخلال الجهة الحكوميــة بالتزاماتها المنصوص عليها في العقد وفق نص المادة (٥٤) من نظام المنافســات، وقد خلص الاجتماع فيما يتعلق باختصاصات اللجنة جاعلاً منها قرارات سحب العمل.

وترجيحاً بين الاتجاهين أعتقد أن المقصود فعلاً هو البلاغات المقدمة عن سحب العمل، والــذي قد يكون ناتجاً عن الغش أو التلاعب أو التحايل باعتبارها إخلالاً بشروط العقد، لا ســيما مبدأ حسن النية، وذلك اســتناداً إلى نص المادة (٧٧) من النظام والتي تنص على أنه «يجب على المتعاقدين والجهات الحكومية تنفيذ عقودهم وفقاً لشروطها وبحسن نية وبما يقتضيه حســن ســير المرفق العام ومصلحته. وعلى الوزارات والمصالح الحكومية والأجهزة ذات الشــخصية المعنوية المستقلة إبلاغ وزارة المالية بحالات الغش والتحايل والتلاعب فور اكتشافها، وكذلك تزويدها بالقرارات التي تتخذ في هذا الخصوص، بما في ذلك قرارات سحب العمل».

ولذلــك أرى أن صياغة النص المعني بالاختصاصات وهــذا النص غير دقيقة وتحتاج إلى إعادة صياغة في ضوء توجه المنظم بما يضمن توضيح النص.

ثالثاً: الإخلال بالالتزامات التعاقدية من قبل الجهة الإدارية:

نصــت المادة (٥٤) مــن النظام على أنه «يجب عــلى الجهة الحكومية تنفيــذ العقد وفقاً لشروطه، وإذا أخلت بتنفيذ التزاماتها بما في ذلك تأخير سداد المستحقات، جاز للمتعاقد التقدم بهذه المطالبات أمام اللجنة المنصوص عليها في المادة (الثامنة والسبعين) من هذا النظام».

وعــلى ذلك فللمتعاقد جوازاً أن يتقدم بأي مطالبات ناتجة عن إخلال الجهة الحكومية بــأي من التزاماتها أمام هذه اللجنة، أو رفع الدعوى مباشرة أمام ديوان المظالم، فهو طريق اختياري قصد منه إمكانية تقليل المنازعات القضائية.

وتجــدر الإشــارة إلى وجود ضوابط عامة لعمل لجنة النظر المشــار إليها ســواءً كان في الدعاوى الماثلة، أم في قضايا التعويض، أم في أية دعوى من اختصاص اللجنة، جعلتها تشبه الإجراءات والضوابط القضائية حيث بالإضافة إلى ما سبق فإنه يجب ما يلي:(٧٣١)

- تســتكمل اللجنة كافة المعلومات والمستندات المتعلقة بالقضية. وتحال القضايا بتوجيه مــن رئيــس اللجنة إلى أعضائها بالتســاوي بمن فيهــم رئيس اللجنة لدراســتها، ومن ثم مناقشتها مع بقية أعضاء اللجنة، وإصدار القرار المناسب.
- لِلَّجْنَة طلب أي معلومات أو مستندات متعلقة بالقضية، ولها في هذا الشأن طلب ممثلي الجهات الحكومية ذات العلاقة حضورياً، وســماع الشهود والاستجواب، وسماع دفوعات وتظلمات المقاولين حضورياً.
- لا يجوز لِلَّجْنَة إصدار القرار قبل استدعاء صاحب الشأن أو وكيله حضورياً، وسماع أقواله واســتكمال دفوعاته، ويتم إبلاغ ذوي الشأن بميعاد الجلسة بموجب خطابات رسمية على عناوينهم لدى اللجنة، أو عن طريق الحاكم الإداري، أو بأي وسيلة مناسبة. ومن لم يحضر للمرة الثالثة بعد تبليغه مرتين فللجنة الحق بإصدار القرار بشأنه غيابياً.
- تشطب دعوى المطالبة بالتعويض إذا لم يحضر المدعي للمرة الثالثة بعد إشعاره بذلك، أو بعد مضي ثلاثة أشهر من تاريخ تركه دعواه، وعدم تقديمه المستندات التي تسند مطالبته، ولا تقبل إعادة الدعوى إلا بعذر مقبول لدى اللجنة، فإن أعيدت الدعوى ولم يحضر بعد إشعاره بطلب الحضور مرتين تشطب الدعوى.
- يجب على عضو اللجنة التنحي عن نظر القضية إذا وجد سبباً من أسباب التنحي الواردة بموجب نظام المرافعات الشرعية.
- إذا قل النصاب القانوني لإصدار القرار بســبب تنحي أحد الأعضاء أو غيابه يحضر العضو الاحتياطي، فإن لم يكتمل النصاب يكلف وزير المالية من يراه لاستكمال النصاب القانوني، وإن غاب رئيس اللجنة أو تنحى ترأس اللجنة نائب الرئيس.

---

(٧٣١) راجع المادة ١٥٢/ رابعاً من اللائحة.

- إذا تبــين للَّجْنَة من خلال نظرها القضية ما يشــير إلى وجــود جريمة يعاقب عليها نظاماً، فعليها إحالتها إلى الجهة المختصة بنظرها، وتستمر اللجنة في السير في نظر الدعوى، ما لم يتبين لها أنه لا يمكن نظرها فيها حتى يتم البت في القضية الأخرى.

- إذا طلب المدعي في دعوى التعويض الاســتعانة بجهة خبرة لإبداء رأيها في النواحي الفنية أو المحاســبية، جاز للّجنة وفقاً لتقديرها الاســتجابة لطلبه وإحالة أوراق القضية إلى من تراه من الخبراء، على نفقة المدعي.

- تكون قرارات اللجنة مســببة ومشــتملة على الحيثيات والوقائع . وينص في القرار على أن لأي مــن طرفي القضية حق الاعــتراض عليه أمام ديوان المظالم خلال (٦٠) يوماً من تاريخ إبلاغه بالقرار.

١٠- لا تعتــبر قرارات اللجنة الصادرة في غير صالح الخزانة العامة نهائية، حتى يصدر بها حكم نهائي من ديوان المظالم.

١١- يبلغ القرار لطرفي الدعوى بموجب خطاب تبليغ رســمي، وإذا رفض صاحب الشــأن اســتلام القرار يتم التســليم عن طريق الحاكم الإداري، ويعتبر القرار في هذه الحالة مستلماً من تاريخ إيداعه لدى الحاكم الإداري.

١٢- لا تنظــر اللجنــة في القضية إذا كان لدى صاحب الشــأن مطالبة قائمة في موضوعها لــدى جهة قضائية أو إدارية أو هيئــة تحكيم، بغرض الفصل فيها. ولا فيما صدر في الدعاوى من أحكام اكتسبت صفة القطعية.

هــذا ولا يمكن بالضرورة أن نغادر هذا الموضوع قبل أن نحرر مدى وجوبية اللجوء إلى تلك اللجنة من عدمه وما جدواه؟

لم يســتقر الديوان في هذا الشــأن حيث قضى في بعض أحكامه بعــدم وجوب هذا الإجراء حيث نقضت محكمة الاســتئناف الإدارية بإحدى المناطق حكم المحكمة الإدارية والذي قضت فيــه بعدم قبول الدعوى لعدم اتخاذ هذا الإجراء، واعتــبرت الدعوى مرفوعة قبل أوانها حيث قضــت المحكمة الإدارية بأنــه «وحيث إن من الأمور الواجب بحثها في الدعوى قبل الشروع في موضوعها، التحقق من استكمال الدعوى للنواحي الشكلية، وحيث إن المدعية في هذه الدعوى تهــدف إلى إلزام المدعى عليها بتعويضها تعويضاً كاملاً عن الأضرار التي لحقتها وعما فاتها من

كسب نتيجة إخلال المدعى عليها بالعقد، وتذكر أن هذا الإخلال تم بطريق غير مشروع وفق ما أوضحته في دعواها، ولما كان منشأ هذا النزاع بين المدعية والمدعى عليها عائداً إلى العلاقة العقدية القائمة بينهما، والخاضعة لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي ذي الرقم (م/٥٨) بتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ والذي نص في مادته (٧٨/أ) على أن : «يكوِّن وزير المالية لجنة من مستشارين، لا يقل عددهم عن ثلاثة، من الوزارات والجهات الحكومية الأخرى ذات العلاقة بعد التنسيق مع تلك الجهات، ويكون من بينهم مستشار قانوني وخبير فني ...» ونصت الفقرة (ب) من ذات المادة على أن «تتولى هذه اللجنة النظر في طلبات التعويض المقدمة من المقاولين والمتعهدين، وكذلك بلاغات الغش والتحايل والتلاعب وقرارات سحب العمل ...» كما نصت المادة الرابعة والخمسون من ذات النظام على أنه "يجب على الجهة الحكومية تنفيذ العقد وفقاً لشروطه، وإذا أخلت بتنفيذ التزامها بما في ذلك تأخير سداد المستحقات، جاز للمتعاقد التقدم بهذه المطالبات أمام اللجنة المنصوص عليها في المادة الثامنة والسبعين من هذا النظام" ثم بينت الفقرة (د) من المادة الثامنة والسبعين أنه «إذا ثبت لدى هذه اللجنة أحقية المقاول أو المتعهد، تصدر اللجنة قرارها في دفع التعويضات. ويكون هذا القرار قابلاً للاعتراض عليه أمام ديوان المظالم خلال ستين يوماً من تاريخ إبلاغه لصاحب الشأن" وترتيباً على ما سبق بيانه، وحيث إن الثابت من أوراق الدعوى أن المدعية قد ارتكزت مطالبتها في هذه الدعوى على طلبها التعويض، في حين لم يثبت لدى الدائرة أن المدعية قد أقامت هذه المطالبة أمام اللجنة المشار إليها سابقاً قبل التقدم بهذه المطالبة أمام الديوان، لذا فإن الدائرة تنتهي إلى أن هذه الدعوى رفعت أمام الديوان قبل أوانها، وكان لزاماً على المدعية إقامة هذه المطالبة أمام اللجنة أولاً، ثم الطعن على قرار اللجنة عند عدم القناعة به أمام الديوان»[٧٣٢].

غير أن محكمة الاستئناف الإدارية كما أشرت نقضت هذا الحكم وأعادته للدائرة مرة أخرى بحكمها رقم ٩٤٤ لعام ١٤٣٥هـ باعتبار اللجوء إلى هذه اللجنة جوازياً، وقبلته المحكمة الإدارية، بعد نقضه وقضت فيه بقبول الدعوى وتجاوزت هذا الإجراء الشكلي، وحكمت في الدعوى موضوعاً [٧٣٣].

---

(٧٣٢) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ١٦٨/د/إ/٤/١ لعام ١٤٣٥هـ في القضية رقم ٤/١٣٠٥/ق لعام ١٤٢٩هـ (حكم غير منشور).

(٧٣٣) راجع حكم المحكمة الإدارية برقم ٣٢١/د/إ/٤/١ لعام ١٤٣٥هـ وأيدته محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم ١٨٠/ق لعام ١٤٣٦هـ (حكم غير منشور).

إلا أنــه في أحكام أخرى اعتــبر اللجوء إلى هذه اللجنة وجوبياً فقــضى بأنه «وحيث إن التحقق من ســير الدعوى بالإجراءات النظامية مســألة أولية يجب على الدائرة بحثه قبل الخوض في موضوع الدعوى، وبالاطلاع على نظام المنافســات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرســوم الملكي رقم م/٥٨ وتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ قد نص في مادته (٧٨) على أن يكون وزير المالية لجنة من مستشــارين، لا يقــل عددهم عن ثلاثة، من الــوزارة والجهات الحكومية الأخرى ذات العلاقة بعد التنسيق مع تلك الجهات، ويكون من بينهم مستشار قانوني وخبير فنــي، ويرأس هذه اللجنة مستشــار قانوني لا تقل مرتبته عن الثالثــة عشرة أو ما يعادلها، وينص في التكوين على عضو احتياطي، لتقرير نزاهة هذه اللجنة وإبعادها عن أية مؤثرات يعاد تكوينها كل ثلاث سنوات، ويجوز تجديد عضويتها لمرة واحدة فقط».

ب-تتــولى هذه اللجنــة النظر في طلبــات التعويض المقدمة من المقاولــين والمتعهدين وكذلك بلاغات الغش والتحايل والتلاعب وقرارات سحب العمل وطلبات الجهات الحكومية التي ترد إلى وزير المالية بطلب منع التعامل مع المقاول الذي نفذ مشروعاً تنفيذاً معيباً أو مخالفــاً للشروط والمواصفات الموضوعة له «... ولمــا كان النزاع بين المدعي والجهة المدعى عليها في إطار ما نصت عليه المادة، فإنه يتعين قبل التقدم للديوان أن يتم عرض النزاع على اللجنــة المنصوص عليها في المادة المشــار إليها ... وبما أن المدعــي تقدم إلى الديوان مباشرة دون أن يتقــدم للّجنة، فيكون بذلك مخالفاً للإجراءات التي نص عليها النظام الذي أوجب أن ينظر في المنازعات الناشــئة من تطبيق النظام أياً كان أطراف النزاع إلى اللجنة المنصوص عليهــا، وبعــد صدور قراراها واعتــماده يجوز لمن صدر ضده هذا القــرار الطعن فيه أمام ديوان المظالم خلال ســتين يوماً من تاريخ إبلاغه به، وحيث إن المدعي لم يتقدم بدعواه إلى هــذه اللجنة قبل التقدم للديوان الأمر الذي تنتهي معه الدائرة إلى عدم قبولها لرفعها قبل الأوان ...»[٧٣٤].

وقضى أيضاً بأنه «...أما عن قبول الدعوى فإن المادة الثامنة والسبعين من نظام المنافسات والمشــتريات الحكوميــة نصت على أن «يكــوِّن وزير المالية لجنة ... وقــد تضمنت اللائحة

(٧٣٤) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ٨/١/٢٢١ لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم ٨/٣٩٢ لعام ١٤٣٢هـ المؤيد من محكمة الاســتئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٨٦٩ لعام ١٤٣٣هـ في قضية الاســتئناف رقم ٥٨٦٢/ق لعام ١٤٣٣هـ (حكم غير منشور).

التنفيذيــة لهذا النظام الصــادرة بقرار وزير المالية رقم ٣٦٢ وتاريــخ ١٤٢٨/٢/٢٠هـ فصلاً بعنوان إجراءات لجنة النظر في التعويض ومنع التعامل مع المقاولين جاء تحته المادة الثانية والخمسون بعد المائة موضحة إجراءات عمل هذه اللجنة، ومما نصت عليه هذه المادة أنه:

١- تختــص اللجنة بالنظر في طلبات التعويض المقدمــة بناءً على العقود المبرمة وفقاً لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية وهذه اللائحة .

٢- لا تنظر دعوى المطالبة بالتعويض إلا بعد انتهاء تنفيذ العقد وتســليم الأعمال تســليماً نهائياً».

وبمــا أنه بناءً على ما تقــدم لابد في دعاوى التعويض المقامة مــن المقاولين والمتعهدين أن يتــم تقديمها ابتــداءً أمام اللجنة المنصــوص عليها في المادة (٧٨) من نظام المنافســات والمشــتريات الحكومية وبعد أن تصدر اللجنة قراراها في هذا الشــأن يمكن الاعتراض عليه أمام ديوان المظالم ... لذا فإن الدائرة تنتهي إلى عدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان»[(٧٣٥)].

وقد ناقشــت ورشة العمل التي أقامها ديوان المظالم المشار إليها هذا الموضوع وسطرت رؤى مجتمعيهــا في محضر اجتماعها ومما جاء فيه أن هناك ما عرضه البعض من أنه يوجد رأيان، الرأي الأول أن المنظم قد ألزم على سبيل الوجوب اتباع الإجراءات النظامية لرفع هذه الدعاوى قبل اللجوء إلى ديوان المظالم، وإلا فإن دعواه مصيرها عدم القبول، ويســتند ذلك الرأي على أن طريقة إنشــاء هذا الأســلوب التدريجي في التظلم والمطالبة المنصوص عليها في المــادة ٧٨ من النظام جاءت على نفس النســق الذي اعتــاده المنظم في كثير من الأحيان وهــو طريق يهدف من خلالــه إلى تقليل المنازعات الإدارية أمام القضاء، بحيث تقوم لجنة بالنظر في موضوعات معينة ومن ثم يتم التظلم من تلك القرارات أمام القضاء الإداري، كما أن صيغــة المادة التي بدأت بالفعل المضارع (تتــولى) هي صيغة آمرة توجب على صاحب

---

(٧٣٥) راجــع حكم المحكمــة الإدارية رقم ١/٤/٢١٢ لعــام ١٤٣٢هـ في القضية رقم ١/٩٩٠١ لعــام ١٤٣٢هـ المؤيد من محكمة الاســتئناف الإدارية بالحكــم رقم ٤/٢١١ لعام ١٤٣٣هـ في قضية الاســتئناف رقم ١٤٩٣/ق لعام ١٤٣٣هـ (حكم غير منشور) جدير بالذكر أنه كان هناك سبب آخر بجوار عدم التقدم للجنة المذكورة، وهو عدم الانتهاء من تنفيذ العقد وتسليم الأعمال تسليماً نهائياً كشرط لقبول دعوى التعويض، وراجع أيضاً الحكم رقم ٦٥/د/إ/٣٣ لعام ١٤٣١هـ في القضية رقم ٧/٣٢٧/ق لعام ١٤٣١هـ المؤيد من محكمة الاســتئناف الإدارية بالحكم رقم ٢٧٢/إس/٤ لعام ١٤٣٢هـ في القضية رقم ٥٤٦٣/ق لعام ١٤٣١هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٣٢هـ ج ١، ص ٩٤.

الشـأن وضع مطالبته أمـام هذه اللجنة قبل رفعها أمام الجهـة القضائية المختصة، والرأي الثـاني يـرى أن التظلم إلى لجنة النظـر هو تظلم جوازي وذلـك لأن الولاية العامة في نظر الدعاوى الإدارية هي لديوان المظالم مباشرة وإعمال نص المادة ٧٨ من نظام المنافسات على الوجوب معارضة لطبيعة دعوى القضاء الكامل التي يختص بها ديوان المظالم، والتي قررتها المبادئ والنظريات الفقهية المقارنة في إطار دعوى العقد الإداري، وأشـار البعض كذلك إلى أن نص المادة (٧٨) من النظام تفسيرها يؤدي إلى القول بأن اللجوء إلى تلك اللجنة جوازي، وتفسيرها هذا لا يكون بمعزل عن المواد الأخرى في النظام، لأن قواعد التفسير توجب حمل النـص على المعنى الذي يؤدي إلى تحقيق التناسـق والتوافق بـين النصوص، وأن المنظم في إفصاح جهير في المادة (٥٤) منه أشار إلى الجواز ولو كان يريد الوجوب لما أعوزه النص على ذلك، وانتهى الرأي في خلاصة الاجتماع إلى أن«:

- الولايـة العامة في نظر منازعات العقود الإدارية خاصة لديوان المظالم وفق ما نصت عليه المادة (١٣/د) من نظام الديوان.

- أنه لا يشترط في منازعات العقود الإدارية التظلم إلى أي جهة قبل إقامة الدعوى أمام ديوان المظالم وفق ما نصت عليه المادة (٦/٨) من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم من أنه "فيما لم يرد به نص خاص لا تسـمع الدعاوى المنصوص عليها في الفقرتين (ج، د) من المادة الثالثة عشرة من نظام ديوان المظالم بعد مضي عشر سنوات من تاريخ نشوء الحق المدعى به ..."

- المـادة (٧٨) من نظام المنافسـات والمشـتريات الحكومية خاصة بتشـكيل هذه اللجنة ومـا تنظره من اختصاصات وطبيعة عملها حال ورود الشـكوى لديها، وليسـت متعلقة بطبيعة التظلم من قرار اللجنة من عدمه، ويدعم هذا أن المادة (٥٤) من نظام المنافسات والمشـتريات الحكومية نصت على أنـه " يجب على الجهة الحكوميـة تنفيذ العقد وفقاً لشروطه، وإذا أخلت بتنفيذ التزاماتها بما في ذلك تأخير سـداد المستحقات، جاز للمتعاقد التقدم بهذه المطالبات أمام اللجنة المنصوص عليها في المادة (الثامنة والسـبعين) من هذا النظام». والدليل من ذلك النص إجازة التقدم على هذه اللجنة إذا أخلت الجهة الحكومية بالتزاماتها التعاقدية، وهو ما يتفق مع نص نظام المرافعات أمام ديوان المظالم آنف الذكر.

- مـا نصت عليـه الفقرة (١٠ من المـادة ١٥٢) من اللائحـة التنفيذية لنظام المنافسـات

والمشتريات الحكومية من أنه (لا تعتبر قرارات اللجنة الصادرة في غير صالح الخزانة العامة نهائية، حتى يصدر بها حكم نهائي من ديوان المظالم.) والفقرة (١٥٢/١٢) من اللائحة ذاتها من أنه (لا تنظر اللجنة في القضية إذا كان لدى صاحب الشــأن مطالبة قائمة في موضوعها لدى جهة قضائية أو إدارية أو هيئة تحكيم، بغرض الفصل فيها. ولا فيما صدر في الدعاوى من أحكام اكتسبت صفة القطعية). وهو ما يدل على أنه لا يشترط التظلم لِلَّجْنَة قبل رفع الدعوى أمام الديوان».

وترجيحاً بين الآراء فعلينا بداية تحرير محل النزاع لأن اختصاصات اللجنة مختلفة ولكل منها وضعت النصوص إجراءات معينة، وبالرجوع إلى اختصاصات اللجنة المشــار إليها، فإن الاختصاصات المشار إليها في المادة (٥٤) المذكورة آنفاً قد جعل النظام التظلم إلى اللجنة من الإخلال بالالتزامات التعاقدية من قبل الجهات الحكومية أمراً جوازياً وهذا إفصاح لا يحتاج إلى نقاش أو اختلاف على أنه جوازي، فيســتطيع المتعاقد اللجوء لهذه اللجنة أو رفع دعواه مباشرة إلى الديوان مما يقطع برفع هذه الحالة من دائرة النقاش والاختلاف.

أما حالة النظر في البلاغات المتعلقة بالغش والتحايل والتلاعب وقرارات ســحب العمل وطلبــات الجهات الحكومية التي ترد إلى وزير المالية بطلب منع التعامل مع المقاول الذي نفذ مشروعاً تنفيذاً معيباً أو مخالفاً للشروط والمواصفات الموضوعة له، فإن هذه المنازعات تأتي بطريق الإحالة إلى هذه اللجنة، وتمارس فيها اختصاصاً إدارياً لتحدد فيه مدى مسؤولية هــؤلاء المتعاقدين، لتصدر قراراً منه ينطلق المدعــي إلى ديوان المظالم، وبالتالي هذه الحالة أيضاً بعيدة عن محل النزاع وجوباً كان أو جوازاً.

ولا يتبقــى إذن ســوى حالة واحدة وهــي المتعلقة بالتعويــض وبالرجوع إلى النصوص المنظمة لذلك سواءً في المادة (٧٨) من النظام أو المادة (١٥٢) من اللائحة فسيبدو مبدئياً أن اللجــوء إلى هذه اللجنة في طلب التعويض وجوبي، وإلا لكان كل ما نظمه المنظم في النظام واللائحة عبثاً لا قيمة له، وهذا يتنافى مع تنظيمه الدقيق لهذه اللجنة، لا ســيما في اشتراطه لخبير فني ومستشار قانوني، ويرأس اللجنة مستشار قانوني لا تقل مرتبته عن الثالثة عشرة أو مــا يعادلها، كــما أن تحديد المنظم اختصاصــات اللجنة، يعني بالــضرورة ما لم يكن ما يصرفــه عن ذلك أن يتم الالتزام بأعمال هذا الاختصــاص، ولا يوجد ما يصرفه عن ذلك بل

العكــس تماماً فاللائحة كانــت واضحة إلى حد كبير في المادة (١٥٢) حيث حددت اختصاص اللجنــة بالنظر في دعــاوى التعويض وحددت إجراءات دقيقة كالإجــراءات القضائية الأمر الذي اســتدعى المنظم أن يتناول الطلب أمام اللجنة واصفاً إياه بالقضية، والدعوى، كما أن اللجــوء إلى هــذه اللجنة ليس هو الإجراء الأول في هذه المنازعة، لأنه لابد للمدعي أولاً من اللجوء لجهة الإدارة حيث نصت الفقرة (٣/أولاً/١٥٢) من اللائحة على أن «يتم اللجوء أولاً إلى الجهــة المتعاقدة بطلب التعويض، فإن لم يقتنع المدعي بما تنتهي إليه الجهة، أو مضت مدة ســتين يوماً من تاريخ رفع المطالبة إلى الجهة بمســتندات مكتملة دون البت فيها، جاز رفع المطالبة بالحق المدعى به إلى اللجنة».

فبعد هذا التنظيم الإجرائي تشــكيلاً ومواعيداً ســواءً قبل اتصال اللجنة بالمنازعة أو بعد إصدار قرار فيها للتظلم أمام ديوان المظالم ولا يوجد ما يصرف الوجوب إلى الجواز، فلا يبقى إلا الوجوب وإلا كان كل ما نظمه المنظم في كل هذه المواد عبثاً وهذا يتنافى مع ذلك التنظيم.

وأعتقد أنه لا يعكر صفو هذا الرأي إلا النص الوارد في اللائحة في المادة (١٥٢/رابعاً/١٢) كما ذكــر محضر اجتماع الديوان[٧٣٦] ويكون هو القرينة التــي تصرف الوجوب إلى الجواز، ويجــري نصها «لا تنظــر اللجنة في القضيــة إذا كان لدى صاحب الشــأن مطالبة قائمة في موضوعهــا لدى جهة قضائيــة أو إدارية أو هيئة تحكيم، بغرض الفصل فيها. ولا فيما صدر في الدعاوى من أحكام اكتسبت صفة القطعية».

غــير أني أعتقد أن مقصــود النص عند فحصه بدقة قد يكون هــو الذي يؤكد الوجوب، فتفســير النص، أنه إذا كان أمر هذه اللجنة واجباً مع تطبيق هذا النظام فإن هذا الوجوب لا ينصرف إلى القضايا المنظورة حالياً لدى جهة قضائية أو إدارية أو هيئة تحكيم، ولا يعود بأثر رجعي على ما صدر في الدعاوى من أحكام اكتسبت صفة القطعية.

وإلا لو لم يكن واجباً لما كان لهذه الاستثناءات معنى، لذا أعتقد وفقاً لهذا وبالإضافة إلى الحجج التي ساقها الاتجاه المؤيد للوجوب أن الاتجاه القضائي نحو اشتراط التظلم إلى هذه

---

(٧٣٦) أقول سوى هذه المادة لأن الأسباب الأخرى ليست قادرة إلى تحويل الوجوب إلى الندب فالقول بأن الديوان صاحب الولاية للنظر في المنازعات العقدية لا يمنع المنظم من تحديد إجراءات معينة لاتصال الديوان بالمنازعة، كغيرها من الدعاوى الحقوقية ودعاوى الإلغاء، والقول بأنه لم يحدد نظام المرافعات نصوصاً أخرى للمنازعات العقدية، فذلك أيضاً لا يلزم منه عدم التنظيم في قانون آخر، لا سيما وأن المادة نفسها بدأت بأنه «فيما لم يرد به نص خاص».

اللجنة قبل رفع الدعوى للديـوان هو الأولى بالاتباع، وتعد الدعاوى المرفوعة للديوان فيما يتعلق بالتعويض وحده دون المرور بهذه اللجنة غير مقبولة لرفعها قبل الأوان.

المطلب الثالث

سلطة القضاء تجاه القرارات المتصلة:

ينظـر القضاء هذه الدعاوى باعتبارها دعاوى عقدية خاضعة لسـلطان القضاء الكامل، بما يعني سلطة القاضي في هذه الدعاوى تتعدى سلطة الإلغاء إلى سلطة الإلزام بفعل شيء مـا، وقد قضى ديـوان المظالم في دعوى القضاء الكامل المسـتقر أن «الطعن على الإجراءات التي تتخذها جهة الإدارة في خصوص العقد وبعد انعقاده تندرج تحت ولاية القضاء الكامل حتـى لو انصب النزاع على طلب إلغاء قرار إداري اتخذته جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد، وأسـاس ذلك أن ما تتخذه جهة الإدارة من قرارات تنفيذاً للعقد كتوقيع الجزاءات العقدية أو فسـخ العقد أو إنهائه أوإلغائه، إنما يدخل في منطقة العقد وتثير تلك المنازعات المتولدة عن تلك القرارات والإجراءات بوصفها منازعات تسوية حقوقية للعقد ولاية القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء، ومؤدى ذلك بحث هذا القرار واتفاقه مع شروط العقد والأحكام العامة للعقود الإدارية ...»[(٧٣٧)].

وقـضى أيضـاً أن «الدعاوى الحقوقية بناءً على الالتزامـات العقدية المترتبة على العقود الإداريـة والتي هي التزامات شـخصية بناءً عـلى توافق إرادتي جهـة الإدارة مع المتعاقد، والتي تكون محلاً لطعن على أساس ولاية القضاء الكامل والذي هو اختصاص شامل مطلق لدعـاوى العقود الإدارية وما يتفرع عنها، ويسـتوي في ذلك ما يتخذ صورة قرار إداري وما لا يتخـذ هذه الصورة، طالما توافرت في الدعوى حقيقة التعاقد الإداري وبالتالي تخرج هذه الدعوى عن ولاية الإلغاء، لأن القرار الإداري الذي توجه إليه دعوى الإلغاء كما هو مستقر عليه في قضاء ديوان المظالم هو إفصاح جهة الإدارة عن ... فالقرار الإداري في دعوى الإلغاء تعبير عن إرادة الإدارة بمفردها اسـتناداً لأحـكام الأنظمة واللوائح، فحكم دعوى الإلغاء ما هـو إلا جزاء لمخالفة القرار الإداري الصادر من الجهة الإدارية للنظم واللوائح، فهي دعوى

(٧٣٧) راجـع حكم الدائرة الإدارية رقم ٦٩/د/إ/١٠ لعـام ١٤٢٦هـ في القضية رقم ١/٣٠٢٣/ق لعام ١٤٢٥هـ المؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم ٣١٣/ت/١ لعام ١٤٢٧هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٢٧هـ مرجع سابق، ج٥، ص٢٢٧٩.

عينيـــة مناطها اختصام القرار الإداري ... القــرارات الإدارية متى صدرت من الجهة الإدارية عند ممارستها لصلاحياتها الرقابية بمعناها الواسع - سواءً كانت هذه الصلاحية مستمدة من الأنظمة واللوائح أو مســتمدة من العقد الإداري - فإن هذه القرارات تكون خاضعة لرقابة الديوان وهي بصدد ولايتها الكاملة على الدعوى، فإنها تراقب القرار محل الدعوى في مدى مشروعيته (نظاميته) من عدمها من ناحية العناصر التي يختص الديوان بالنظر فيها والتي عددتها الفقرة(ب) من المادة(١/٨) من نظامه، وهي عيوب الاختصاص والشــكل ومخالفة النظم واللوائح والخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة..»[٧٣٨].

وفي حكــم آخــر قضى بأنه «لمــا كان المدعي يهدف مــن إقامة دعــواه إلى إلغاء القرار الصــادر من الجهة المدعى عليها ... وبما أن حقيقة العلاقــة بين الطرفين هي علاقة عقدية كانت الجهة جهة الإدارة أحد طرفيها، بناءً على توافق إرادتي جهة الإدارة مع المتعاقد معها فتبســط المحكمــة كامل ولايتها على هذا الطعن باعتباره ناشــئاً عــن دعوى عقدية كانت جهة الإدارة أحد أطرافها وفق ما اســتقر عليه الفقــه والقضاء الإداري عموماً، وقضاء هذه المحكمة خصوصاً باعتبار أن ســلطة القضاء الكامل على دعاوى العقود الإدارية وما يتفرع منها ويســتوي في ذلك ما يتخذ منها على صورة قرار إداري وغيره طالما توافرت في الدعوى حقيقة التعاقد مع جهة الإدارة، وبالتالي تخرج هذه الدعوى عن نطاق ولاية الإلغاء وتدخل ضمــن الدعاوى المنصوص عليها في المادة (١٣/د) من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرســوم الملكي رقم (م/٧٨) وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ» [٧٣٩].

وفي حكم آخر قضى الديوان بأنه «ولما كان من المتقرر في القضاء الإداري أن من القرارات الإداريــة ما يكون متصلاً بالعقــد الإداري ولا يتضمن حقيقة القرار الإداري وخصائصه التي تجعلــه قابلاً للطعن عليه بالإلغاء، من حيث كونه إفصاحاً لجهة الإدارة عن إرادتها الملزمة بمقتضى الأنظمــة واللوائح ومن ثم يأخذ حكم المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، والقرار المتظلم منه من هذا القبيل، إذ هو يدخل في منظومة رقابة الإدارة على صحة تنفيذ القرار

(٧٣٨) راجع حكم الدائرة الإدارية، رقم ٥٦/د/إ/٧ لعام ١٤٢٧هـ في القضية رقم ١/١٤٣/ق لعام ١٤٢٧هـ المؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم ٣٢٨/ت/١ لعام ١٤٢٨هـ مجموعة الاحكام لعام ١٤٢٨هـ ج٦، ص٢٥٩٨.

(٧٣٩) راجــع حكــم المحكمة الإداريــة، الدائرة الثامنة في القضية رقــم ١/١٠٧٣٢/ق لعام ١٤٣٥هــ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية الدائرة الرابعة في القضية رقم ٤٨٧٥/ق لعام ١٤٣٦هـ (حكم غير منشور).

المبرم معها ومن ثم تكون هذه الدعوى منازعة عقدية أحد طرفيها جهة حكومية..»[٧٤٠].

وفي حكم آخر قضى الديوان بأن «جميع النزاعات بعد إبرام العقد تعد من دعاوى العقود وإن وصل العلم فيها للمتعاقد على هيئة قرار إداري»[٧٤١].

وقضت المحكمة الإدارية بأنه «من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن القضاء الكامل يخول القاضي تصفية النزاع كلية، فيلغي القرارات المخالفة للقانون إن وجدت، ثم يرتب على ذلك نتائج كاملة من الناحية الإيجابية والسلبية، ومن المسلم به أيضاً أن قضاء العقود الإدارية ينتمي أساساً إلى القضاء الكامل، إذ يكون للمحكمة التصدي للمنازعة الناشئة عن العقد الإداري، ولجميع ما يتفرع عنها، وبهذه المثابة لا يقتصر اختصاص المحكمة على التصدي لبحث حقوق المدعي المطالب بها، بل يمتد إلى بحث مستحقات الجهة الإدارية المدعى عليها للوصول إلى استجلاء وجه الحق في الدعوى»[٧٤٢].

وقضت أيضاً بأن «سلطة قاضي الإلغاء تقف عند الحكم بإلغاء قرار معيب، وأما القضاء الكامل فيخول القاضي تصفية النزاع كلية، فيلغي القرارات المخالفة للقانون، إن وجدت، ثم يرتب على ذلك نتائجه كاملة من الناحية الإيجابية أو السلبية، ومن المسلم به أيضاً أن قضاء العقود الإدارية ينتمي أساساً إلى القضاء الكامل، إذ يكون للمحكمة التصدي للمنازعة الناشئة عن العقد الإداري بجميع ما يتفرع عنها، وبهذه المثابة لا يقتصر اختصاص المحكمة مصدرة الحكم المطعون فيه على التصدي لبحث حقوق الطاعن المطالب بها، بل يمتد إلى بحث مستحقات الجهة الإدارية المطعون ضدها للوصول إلى استجلاء وجه الحق في دعوى الطاعن»[٧٤٣].

وعلى ذلك فسلطة القضاء تجاه القرارات المتصلة سلطة واسعة تشمل الإلغاء والإلزام، وما

---

(٧٤٠) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ١/د/إ/٦ لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم ١/٣٧٥٣/ق لعام ١٤٣٠هـ المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية الحكم رقم ٤/٢٣٧ لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم ٢٠٠١/ق لعام ١٤٣٣هـ (حكم غير منشور).

(٧٤١) راجع حكم ديوان المظالم رقم ٢٥٦ ت/١لعام ١٤٢٧هـ بجلسة ١٤٢٧/٤/١٧هـ في القضية رقم ١/٤٨٨٣/ق لعام ١٤٢٥هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٢٧هـ مرجع سابق، ج٥، ص٢٢٥٠.

(٧٤٢) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٤٤٥٩ لسنة ٥١ ق بجلسة ٢٠٠٨/٥/١٣، المجموعة ١/٤٠ القاعدة ١٦٠، ص١٢٢١.

(٧٤٣) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٦٨٣ لسنة ٣٦ ق بجلسة ١٩٩٤/١١/٢٩، المجموعة ١/٤٠، القاعدة ٤٤، ص٤١٥.

يتفرع عنهما من وقف تنفيذ تلك القرارات وإن كان لا ينظرها باعتبار وقف تنفيذ قرار إداري منفصــل وإنما باعتبارها قرارات إدارية متصلة بالعقد، ويلحقها في هذه الحالة إجرائياً بالقضاء الكامــل، وفي مبدأ وقــف تنفيذ القرارات المتصلــة قضى الديوان بأنه «لمــا كان وكيل المدعية يهدف من طلبه العاجل إلى وقف تنفيذ قرار وزارة (...) بســحب العقد المبرم مع موكلته (...) ولما كان قرار السحب متصلاً بالعقد اتصالاً لا ينفصل عنه، فيكون النظر في هذا الطلب داخل ضمن الاختصاص الولائي للمحاكم الإدارية وفقاً للمادة (١٣/د) من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرســوم الملكي رقم (م/٧٨) وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩ هـ باعتباره من دعاوى العقود الإدارية التي تكون الإدارة طرفاً فيها، وبما أن المادة الســابعة من قواعــد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظــالم الصادرة بقرار مجلس الــوزراء رقم (١٩٠) لعام ١٤٠٩هـ والتــي نصت على الآتي: «لا يترتب على رفع الدعوى وقف تنفيذ القرار، على أنه يجوز للدائرة المختصة ... أو أن تأمر بإجراء تحفظــي أو وقتي بصفــة عاجلة عند الاقتضاء خلال أربع وعشرين ســاعة من تقديم الطلب العاجل أو إحالته إليها إذا قدرت ترتب آثار يتعذر تداركها وذلك حتى تفصل في أصل الدعوى»

«وبما أن المستقر في قضاء الديوان أنه يشترط لوقف تنفيذ القرارات الإدارية شرطان هما:

أولاً: الاســتعجال والسرعــة، بحيث تقدر الدائرة المختصة أن تنفيــذ القرار المتظلم منه يترتب عليه نتائج يتعذر تداركها، ومن ثم يجوز للدائرة أن تأمر بوقف تنفيذ التنفيذ مؤقتاً إلى حين الفصل في الدعوى.

ثانيــاً: الجدية وذلك بأن يتبين من بادئ النظــر في الأوراق أن المدعية تقيم دعواها على أســباب جديــة، وأنه يترجح حقها في دعواها أو في أغلب طلباتــه، ومن ثم يجوز للدائرة أن تأمــر بوقف تنفيذ التنفيذ مؤقتــاً إلى حين الفصل في الدعوى. وبتطبيق هذين الشرطين على الطلب محل النظر يتبين عدم تحققهما، لأن ما ذكره وكيل المدعية من تأثير ســحب المدعى عليها لمشروع (...) والتنفيذ على حســابها ومصادرة معداتها وايقاف مســتخلصاتها ... وعلى فرض التسليم بصحة ما ذكره وكيل المدعية من آثار سلبية تنتج عن تنفيذ قرار السحب، فإنه يمكن تداركها بالتعويض فيما لو حكم للمدعية في الدعوى الأصلية مما يتعين رفضه»[٧٤٤].

وقــضى أيضاً بأنه «وبمــا أن المدعية تهدف من طلبها العاجل إلى إيقاف تســليم الأرض

(٧٤٤) راجــع حكــم المحكمة الإدارية رقم ١/٢/د/٥١ لعام ١٤٣٢هـ في القضية رقم ١/٤٠٨٤/ق لعام ١٤٣٢هـ المؤيد من محكمة الاســتئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٣٥٣ لعام ١٤٣٣هـ في القضية الاســتئنافية رقم ٤٠٥٩/ق لعام ١٤٣٢هـ. (حكم غير منشور).

محل الدعوى لشريكهم (...) والتي تم تسـليمها لهم بموجب عقد تأجير (...) لمدة عشرين سـنة وحيث إن هذه الدعوى تدخل في الاختصاص الولائي للمحاكم الإدارية بديوان المظالم طبقاً لنص المادة(١٣/د) من نظام ديوان المظالم ... وحيث إن نظر الدائرة في الطلب العاجل مستنداً إلى المادة السابعة من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقـم (١٩٠) لعام ١٤٠٩هـ والتي نصت على أنه «يجوز للدائرة المختصة أن تأمر بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه بصفة عاجلة عند الاقتضاء خلال أربع وعشرين ساعة من تاريخ تقديم الطلب العاجل أو إحالته إليها إذا قدرت ترتب آثار يتعذر تداركها، وذلك حتى تفصل في أصل الدعوى «ولما كان طلب وقف تنفيذ القرار الإداري يشترط فيه شرطان؛ أولهما: شرط الاستعجال، بحيث يترتب على تنفيذ القرار محل الدعوى نتائج يصعب تداركها، أو ضر محدق بالمدعي، وثانيهما: الجدية وهي أن يظهر للدائرة من دراستها الأولية لأوراق القضية وجود أسـباب جدية شرعية ونظامية تظهر أن المدعي على حق في دعواه أو أغلب طلباتـه ... والدائرة بعد التأمل والدراسـة لهذا الطلب العاجل ومحتواها ومدى الضرر فيه تبين لها أن تلك الأضرار لا تتصف بصفة الاسـتعجال ... وبذلك تنتهي الدائرة إلى عدم توفر شرط الاستعجال إذ يمكن للمدعية الرجوع على المدعى عليها بالتعويض في حال كان تسليم الأرض لشريكه ... مخالفاً لما تقرر بالعقد..»[٧٤٥].

وقضى الديوان بأنه «حيث إن النزاع في هذه الدعوى ناشـئ عن عقد أحد طرفيه جهة حكوميـة فيكون الديوان مختصاً بنظـر الدعوى، والفصل فيها طبقـاً للمادة (١/٨/د) من نظامـه التـي تنص على اختصاص الديوان بالفصل في الدعاوى المقدمة من ذوي الشـأن في المنازعـات المتعلقة بالعقـود التي تكون الحكومة أو أحد الأشـخاص المعنوية العامة طرفاً فيهـا. واختصاص الديوان بالفصل في أصل النزاع وموضوعه يسـتتبع اختصاصه بالفصل في الطلبات المسـتعجلة المقدمة في الدعوى، وحيث إن الشركـة المدعية أقامت دعواها خلال المدة المنصوص عليها في المادة الرابعة من قواعد المرافعات والإجراءات أمام الديوان فتكون الدعوى مقبولة شكلاً. وحيث إنه للنظر في الطلب المستعجل بوقف إجراءات الوزارة المدعى عليهـا بمصادرة الضمان النهـائي رقم (...) على البنك (...) بمبلغ ثمانيـة وثلاثين مليون ريال

(٧٤٥) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم ١١٤/د/إ/٣ لعام ١٤٣٤ هـ في القضية رقم ١/١٥١٠٩/ق لعام ١٤٣٣هـ المؤيد من محكمة الاسـتئناف الإدارية بالحكم رقم ٤/٤٦ لعام ١٤٣٥هـ في القضية الاسـتئنافية رقم ١١٤٦/ق لعام ١٤٣٤هـ. (حكم غير منشور).

وسحب العملية، فإن المادة السابعة من قواعد المرافعات والإجراءات أمام الديوان تنص أنه "لا يترتب على رفع الدعوى وقف تنفيذ القرار المطعون فيه، على أنه يجوز للدائرة المختصة أن تأمر بوقف تنفيذ القرار أو أن تأمر بإجراء تحفظي أو وقتي بصفة عاجلة عند الاقتضاء خلال أربع وعشرين ساعة من تقديم الطلب العاجل أو إحالته إليها إذا قدرت ترتب آثار يتعذر تداركها، وذلك حتى تفصل في أصل الدعوى" وحيث إنه في تطبيق هذا النص فإن وقف تنفيذ القرارات الإدارية لا يتم إلا إذا كان من شأن تنفيذ القرار أن يترتب عليه آثار لا يمكن تداركها، وهو ما يعبر عنه بشرط الاستعجال، وأن تكون دعوى المدعي بحسب الظاهر دون التعمق في الدعوى صحيحة وتستند إلى أسباب سائغة، وهو ما يعبر عنه بشرط الجدية، وحيث إن الذي يظهر من خطاب الوزارة الموجه للمدعية بسداد مستحقات الوزارة وقدرها (...) ريالاً عن السنة الأولى من العقد، والقسط الأول من السنة الثانية، في حين أن المبلغ المحسوم من الحد الأدنى بسبب بث الوزارة للإعلانات عن طريقها وصل إلى (...) ريالاً عن القسط الأول فقط، طبقاً لخطاب الوزارة رقم (...) فإذا كانت الوزارة بثت إعلانات عن طريقها في بقية السنة بقيمة قريبة من هذا المبلغ أو حتى أقل منها، فإن مستحقات الوزارة لا تصل إلى المبلغ الذي تطالب المدعية بسداده، الأمر الذي تكون دعوى المدعية من حيث الظاهر ودون التعمق فيها دعوى صحيحة تبرر وقف المصادرة للضمان، ولأن من شأن مصادرة هذا الضمان، وهو مبلغ ليس باليسير، أن يضر بشكل مباشر بمركز الشركة وسمعتها التجارية وقدرتها المالية، وهو الضرر الذي يصعب تدارك آثاره لا سيما وأن هذه الأضرار لا تتناسب مع المنافع التي يمكن أن تحصل عليها الوزارة في حال المصادرة؛ لأن الضمان محجوز ولا يمكن الإفراج عنه إلا بموافقة الوزارة، وتشير الدائرة إلى أنه وإن كانت المادة السابعة من قواعد المرافعات التي سبق إيراد نصها إنما نصت على جواز إيقاف القرارات الإدارية، في حين أن المنازعة في هذه الدعوى منازعة عقدية ناشئة عن العقد المبرم بين المدعية والوزارة، وما تتخذه الوزارة من إجراءات لتنفيذ العقد لا تعتبر قرارات إدارية ولا يسري عليها أحكام القرارات الإدارية، وإنما هي إجراءات تتخذها الإدارة تطبيقاً لنصوص العقد، إلا أن الذي استقر عليه العمل في قضاء الديوان خضوع هذه الإجراءات لقواعد وقف التنفيذ، والحكم بوقف تنفيذ هذه الإجراءات وإن كان يحوز الحجية القضائية ويلزم تنفيذه، إلا أنه نظراً لطبيعته واعتباره حكماً وقتياً مبنياً على الظاهر من أوراق الدعوى فإن للدائرة

عنـد ثبوت عدم صحـة الدعوى أن تلغيه وترفض الدعوى. وحيـث إنه وبناءً على ما تقدم من أسـباب وبعد المداولة حكمت الدائرة بوقف إجراءات الوزارة المتخذة لمصادرة الضمان النهائي المقدم من المدعية في العقد محل الدعوى؛ وذلك على النحو المبين بالأسباب»[٧٤٦].

هـذا وقد اعتبرت المحكمة الإدارية العليا أن الفصل في وقف تنفيذ القرارات المتصلة لا يفصـل باعتباره متفرعاً من دعوى الإلغاء، وإنما باعتباره طلباً مسـتعجلاً فقضى بأنه «ومن حيث إن هذا القضاء الكامل عند مباشرته ولاية الفصل في الأمور المستعجلة سلطان التقدير لعناصر النزاع المطعون عليه ولا يحده في ذلك سـوى قيام الاسـتعجال وعدم المساس بأصل الحق، والاسـتعجال هو الضرورة الملجئة لوضع حل مؤقت لنزاع يخشى على الحق فيه من مضي الوقت لو ترك حتى يفصل فيه موضوعاً، والاستعجال حالة مرنة غير محددة ليس ثمة معيـار موحد لها يمكن تطبيقه في كل الأحوال بل ظواهر الاسـتعجال متعددة وقد تبرر في حالة وتختلف عنها في أخرى والمرجع في تقديره إلى القضاء..»[٧٤٧].

وقضـت أيضاً بأن «يفصـل القضاء الإداري في الشـق العاجل من المنازعـة العقدية لا عـلى اعتبار أنه من طلبات وقـف التنفيذ المتفرعة عن طلبات الإلغـاء بل على اعتبار أنه من الطلبات المسـتعجلة التي تعرض على قاضي العقد لاتخـاذ إجراءات وقتية أو تحفظية لا تحتمـل التأخير وتدعو إليها الضرورة، لدفع خطر أو نتائـج يتعذر تداركها وذلك حماية للحـق، ولا عبرة في هذا الصدد بوصف صاحب الشـأن طلبه بأنه وقف تنفيذ، إذ العبرة في وصف الطلب بحقيقته وجوهره حسـبما يظهر من أوراق الدعوى وعلى حسـب التصوير القانوني الصحيح من وقائعها»[٧٤٨].

---

(٧٤٦) راجـع حكم المحكمة الإداريـة في الأمر القضائي رقـم ٤٥/د/إ/٥ لعام ١٤٢٨هـ في القضية رقـم ١/٢٨٠٤/ق لعام ١٤٢٧هـ مجموعة الأحكام لعام ١٤٢٨هـ ج٤، ص١٩٩٤.

(٧٤٧) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٨٩٧ لسـنة ٩ ق بجلسـة ١٩٦٢/٦/٢٠، المجموعة ٣/٨، القاعدة ١٣٨، ص١٥٢٣.

(٧٤٨) راجـع حكـم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٠٠٣ لسـنة ٤٠ ق بجلسـة ١٩٩٧/١١/١١، المجموعة ١/٤٣، القاعدة ٣٥، ص٢٨٩.

خاتمة:

تناولــت بحمد الله تعالى هذا الكتاب من خلال تمهيــد وأربعة أبواب، تناولت في التمهيد الجــذور التاريخية للتنظيم القانوني للعقــود الإدارية في المملكة، ابتــداءً من نظام المزايدات والمناقصــات العلنيــة، وانتهاءً بنظام تأمين مشــتريات الحكومة وتنفيــذ مشروعاتها وأعمالها، والأنظمة ذات العلاقة بالعقود الإدارية، وقد ظهر من خلال هذه الأنظمة مدى اهتمام المملكة بتنظيم العقود الإدارية، كما أبان أيضاً سنة التطور في تنظيم القواعد النظامية لتلك العقود.

وجــاء الباب الأول عن ماهية العقد الإداري وأركانه وأهم أنواع العقود الإدارية، وذلك من خلال دراســة الجذور الفرنسية لهذا الموضوع، وكذلك أصوله في النظام المصري، وأخيراً عن تحديده في النظام الســعودي، وقد اتضح من خلال الدراســة أن النظام الفرنسي لديه عقــود بتحديد القانون، والعقود الأخــرى، يكتفى فيها بوجود شرطين لتحديد ماهية العقد الإداري منهــا، والشرطان هما وجود الجهــة الإدارية كأحد أطراف العقد، والشرط الثاني إما ارتباط العقد بمرفق عام تنظيماً وتســييراً، وإما وجود شروط استثنائية في العقد، أما النظام المــصري فكان أكثر تشــدداً حيث اعتــبر أن العقد لا يكون إداريــاً إلا بتوافر الأركان الثلاثة الســابقة مجتمعــة، أما النظام الســعودي فإنه يكتفي بشرط واحد لتحديــد ماهية العقد الإداري، ومــن ثم اختصاص الديــوان به، وهو شرط أن تكون الجهــة الإدارية أحد أطراف العقد، وقد بينت أن النظام السعودي يتفق مع منطق الأمور، وأن معيار العقد الإداري هو أن تبرمه جهة إدارية، باعتبار أن وجود الجهة الإدارية في العقد يعد كافياً لاتسامه بأنه عقد إداري، حيث لا يمكن - كما أشار بعض الفقه الفرنسي - القول بأن هناك عقوداً خاصة تبرمها الجهة الإدارية، فكلها عقود تبرمها الجهة الإدارية من اجل الصالح العام .

وقد بينت محاولة في القضاء الســعودي لتمييز العقد الإداري على غرار النظام المصري، لكنهــا محاولة تصطدم مــع النص النظامي، الذي أطلق مســمى العقــود دون تخصيصها بتكييف معين.

أما عن أهم أنواع العقود فقد اهتمت الدراسة بمعظم العقود الإدارية والمتمثلة في عقد الامتياز والعقود التي تضمنها نظام المنافسات والمشتريات الحكومية والأنظمة ذات العلاقة بتعريفها مع تبيان لتطبيقاتها القضائية.

أما الباب الثاني فكان عن إبرام العقود الإدارية، والذي انقسم إلى فصلين، الأول منها عن المبادئ التي تحكم العقود الإدارية والقيود التي ترد على الجهات الإدارية عند إبرامها تلك العقود، وقد اتضح مدى حرص النظام السعودي على تحقيق مبادئ المساواة والشفافية وتحقيق الكفاية الفنية والمالية عند إبرام العقود الإدارية، وكذلك حرص النظام على وضع بعص القيود عند إبرام الجهة لعقودها وذلك ضماناً لتحقيق الصالح العام، أما الفصل الثاني فجاء تبياناً مفصلاً عن طرق إبرام العقود الإدارية، وهي المنافسة العامة بنوعيها، المناقصة والمزايدة، وأخيراً طريقة الشراء المباشر والاستثناءات الواردة على نظام المنافسات.

وقد وضح من خلال دراسة هذا الباب التنظيم القانوني لإجراءات هذه العمليات بما يضمن تحقيق المبادئ الحاكمة للعقود الإدارية من بداية التفكير في طرح المنافسة ووصولاً إلى قرار البت فيها وما يتخللهما من إجراءات، الإعلان وتقديم العروض واللجان المعنية بذلك وتشكيلها ومهامها وسلطاتها.

أما الباب الثالث فكان عن الآثار المترتبة على إبرام العقود الإدارية، لطرفي العلاقة التعاقدية، والتي توزعت بين أربعة فصول، تناولت التزامات الجهة الإدارية والمتعاقد معها، والتي تبدأ جذورها قبل الإعلان عن المنافسة، فالجهة الإدارية وإن كانت لا تُنكَر سلطاتها في العملية العقدية، فإنه أيضاً لا يمكن إنكار التزاماتها، فمهما كانت الطبيعة النظامية للعقد الإداري، فإنه سيبقى عقداً تم بتوافق إرادتين، طَرَحَ على كل منهما التزامات، وأعطى لكل منهما حقوقاً مقابلها، وهو ما كان منه مادة الفصل الثاني من هذا الباب، والذي كان محلاً لدراسة وافية عن حقوق المتعاقد مع الإدارة وقد اتضح من خلال الدراسة مواكبة القضاء الإداري السعودي للنظريات القضائية وتطبيقاتها في القضاء المقارن من خلال نظريات التوازن المالي للعقد الإداري، والمتمثلة في نظرية الظروف الطارئة، ونظرية عمل الأمير، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

أما الفصل الثالث فيحمل سلطات الإدارة والتي تشكل امتيازاتها في مواجهة المتعاقد معها، والتي تمثلت في حقها في الرقابة والتوجيه، وتعديل العقد، وسحب العمل، وتوقيع الجزاءات، وسلطة إنهاء العقد، وقد بينت تفاصيل كل منها نظاماً، وفقهاً، وقضاءً، لا سيما في قضاء ديوان المظالم من خلال الأحكام المنشورة وغير المنشورة.

أمـا الباب الرابع الأخير فكان عن منازعات العقد الإداري وذلك من خلال ثلاثة فصول تناولـت كافة المنازعـات المتعلقة بالعقود، مـن منازعات القـرارات المنفصلة، والمنازعات المتعلقـة بتكوين العقد، وآخرها كان عن منازعات القرارات المتصلة بالعقد، ولقد بينت في كل منها ماهية محل المنازعة، وأهم صور تلك المنازعات، والإجراءات القضائية المتعلقة بها، وقد بان توجه ديوان المظالم في الاعتداد بنظرية القرارات المنفصلة عن العقد ومعاملتها وفقاً لدعوى الإلغاء وإجراءاتها، وفيما يتعلق بمنازعات تكوين العقد، فإن ديوان المظالم يعتبر أن العقد يكتمل بركنيه الإيجاب والقبول من مقدم العطاء وعلم المتنافس بقرار الترسية، ومن ثم يعمل أحكام. العقود منذ هذه اللحظة، غير منتظر كتابة العقد باعتبارها إجراءً شـكلياً لرصد العقد وليس لإنشاء العقد، أما فيما يتعلق بالقرارات المتصلة بالعقد فقد عاملها وفقاً لدعـوى القضاء الكامل وإن كان قد أجرى عليها أوجه الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية، كما أجرى عليها وقف التنفيذ وذلك عند توافر حالاته من الجدية والاستعجال.

وإن كان لنـا أن نخـرج بنتيجـة كلية من ذلك فإنـه يمكن القول أن نظام المنافسـات والمشـتريات الحكومية ولائحتـه التنفيذية والأنظمة ذات العلاقة قد نظمت بشـكل كبير العمليـة التعاقدية وإجراءاتها بما يحقق المبادئ الحاكمة للعقـود الإدارية تحقيقاً للصالح العام، سوى في بعض الجزئيات التي أشرت إليها في ثنايا الكتاب، من ذلك عدم وضوح بعض النصوص، والحاجـة إلى إضافة بعض النصوص التي تحتويها اللائحة حتى لا تتعدى الأخيرة دورهـا التنفيذي، وقد أشرت لكل ذلك في مكانه، أما القضاء، فكان متماشـياً مع النظريات القضائية ومواكباً لها سـوى مـا تردد فيه من التعويض عن الربـح الفائت، والتعويض عن الـضرر المعنـوي، والذي ينبغي له أن يحسـم الاتجـاه في ذلك حتى تتحقق المسـاواة بين المتقاضين أمام تلك الأمور.

وأخيراً فإن كنت قد وفقت فلله تعالى وحده الحمد والشكر، وإن كان غير ذلك فحسبي أني اجتهدت والله تعالى من وراء القصد، وصلى الله وسـلم تسـليماً كثيراً على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

مراجع الكتاب

أولاً: المراجع العربية.

أ- الكتب:

١- د. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، ط١، مكتبة الفلاح، الكويت،١٩٨١.

٢- د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، دار النهضة العربية.

٣- د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٧٣.

٤- د.أحمــد محمــد عثــمان، المناقصات وأحكامهــا في الفقه الإســلامي، دار الجامعــة الجديدة للنشر، الإسكندرية،٢٠٠٦.

٥- د. ثروت بدوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، ١٩٦٣.

٦- د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.

٧- د جمال عباس عثمان، النظم السياسية، ٢٠٠٥،

٨- د. جــمال عبــاس عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغــاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المكتب العربي الحديث، ٢٠٠٧.

٩- د. جورج شفيق ساري، القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.

١٠- د. حســن محمــد هند، ود. محمد على حســن، الجديد في المشــكلات العمليــة لقانون المناقصات والمزايدات، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٤.

١١- د. حمدي محمد العجمي، القانون الإداري في المملكة العربية الســعودية (التنظيم الإداري-النشاط الإداري) مركز البحوث، معهد الإدارة العامة، الرياض، ١٤٣١ هـ٢٠١٠.

١٢- د. حمدي محمد العجمي، القرارات الإدارية في القانون الإداري الســعودي دراســة تحليلية فقهية وقضائية وفقاً لأحدث أحكام ديوان المظالم السعودي، مكتبة العالم العربي، الرياض، ١٤٣٧هـ ٢٠١٦.

١٣- أ. ريم على إحسان محمد العزاوي، وسائل إبرام العقود الإدارية، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠١٤.

١٤- د. سـليمان محمـد الطماوي، الأسـس العامة للعقود الإدارية، دراسـة مقارنـة، دار الفكر العربي، ١٤٢٦هـ ٢٠٠٥.

١٥- د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، ١٩٧٩.

١٦- د. صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسـنة ١٩٩٨، المشاكل العملية والحلول القانونية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.

١٧- د. طعيمه الجرف، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨.

١٨- د. عادل عبد الرحمن، آثار العقود وفقاً لقانون المناقصات والمزايدات الجديد رقم ٨٩ لسـنة ١٩٩٨، ولائحته التنفيذية.

١٩- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد، ١٩٣٤.

٢٠- د. عبد العزيز خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠٠٨.

٢١- د. عبد العزيز خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٤.

٢٢- د. عبد العظيم عبد السلام، أثر الظروف الطارئة، والصعوبات المادية على تنفيذ العقد الإداري، دار الولاء للطبع والتوزيع، ١٩٩٠.

٢٣- د. عبد الغني بسيوني عبدالله، النظرية العامة في القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣.

٢٤- د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد، ١٩٨٤.

٢٥- د. عبد القادر الشيخلي، القانون الإداري دار مكتبة بغداد، للنشر والتوزيع عمان ١٤١٤هـ ١٩٩٤.

٢٦- د. عبد الله حمد الوهيبي، القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، ط ٣، ١٤٣٢هـ ٢٠١١.

٢٧- د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٥.

٢٨- د. عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد، دار النهضة العربية، ١٩٧٤.

٢٩- د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، ١٩٨٢.

٣٠- د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، ١٩٩٦.

٣١- د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩.

٣٢- أ. مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، ضمانات العقد الإداري، الإجراءات الســابقة على إبرام العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٩.

٣٣- د. محمد أحمد إبراهيم المسلماني، القرارات الإدارية القابلة للانفصال في العمليات القانونية المركبة دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠١٤.

٣٤- د. محمد أنس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية،٢٠٠٣.

٣٥- د. محمد أنس قاسم جعفر، القرارات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.

٣٦- د. محمد بكر حسين، العقد الإداري والتحكيم، مكتبة السعادة.١٩٩٣.

٣٧- د. محمد سعيد الرحو، النظام القانوني للتعاقد بأسلوب المناقصات في تشريعات الدول العربية، دار المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧.

٣٨- د. محمــد عبد العال الســناري، التطورات الحديثــة للطعن بالإلغاء في عقــود الإدارة، دار النهضة العربية، ١٩٩١.

٣٩- د. محمــد عبد العال الســناري، مبادئ وأحــكام العقود الإدارية في مجال النظريــة والتطبيق، دار النهضة العربية.

٤٠- د. محمد فتوح عثمان، النظم السياسية والقانون الدستوري.

٤١- د. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٦.

٤٢- د. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات، ٢٠٠٣.

٤٣- د. محمود حلمي، معيار تمييز العقد الإداري، دار النهضة العربية،١٩٩٣.

٤٤- د. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، مع دراســة خاصة لنظام تأمين مشــتريات الحكومة وعقود التوظيــف واســتغلال الثروة الطبيعيــة في المملكة العربية الســعودية، دار العلــوم للطباعة والنشر ١٤٠٥هـ ١٩٨٤.

٤٥- د. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية ط١، دار الفكر العربي ١٤٢٨هـ ٢٠٠٧.

٤٦- د. محمود عاطف البنا، مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي، ١٩٧٩.

٤٧- د. نــواف كنعــان، القانون الإداري الكتــاب الثاني ط ١، الإصدار الثاني، الــدار العلمية الدولية، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، ٢٠٠١.

٤٨- د. وليد بن صالح الصمعاني، السلطة التقديرية للقاضي الإداري، دراسة تأصيلية تطبيقية، دار الميمان للنشر والتوزيع، ج١، ١٤٣٦، ٢٠١٥.

ب- الرسائل والبحوث:

١- د. إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، منشورة، ٢٠٠٣.

٢- د. أحمد محمد هزاع، التعاقد من الباطن والقواعد التي تحكمه، مجلة القراءة والمعرفة، العدد ١٣٤، ٢٠١٢.

٣- د. أيوب منصور الجربوع، التكييف القانوني لعلاقة الدولة بالعاملين فيها وآثاره في القانون السعودي، دراســة تحليلية في ضوء قضاء ديوان المظالم، مجلة جامعة الملك سعود (العلوم الإدارية) مج٢٤، ع ٢، ٢٠١٢.

٤- د. أيوب منصور الجربوع، ضوابط ســلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء قضاء ديوان المظالم في المملكة العربية الســعودية، مجلة جامعة الملك سعود (العلوم الإدارية) م ٢٠، ع١، ٢٠٠٨.

٥- د. جــمال اللبان، المعيار المميــز للعقد الإداري، مجلة إدارة قضايا الحكومــة، العدد الثالث، يوليو – سبتمبر، السنة الثامنة، ١٩٦٤.

٦- د. حســن محمد على حســن، أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد ١٦، العدد ٥٨، السنة ١٨، العدد ٥٨، ٢٠١٣.

٧- د. حمدي محمد العجمي، أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة، مجلة الإدارة العامة، معهد الإدارة العامة، الرياض، المملكة العربية السعودية، العدد ٣، المجلد ٤٧، رجب ١٤٢٨هـ يوليه ٢٠٠٧.

٨- د. ســامح عبدالله عبدالرحمن، ســحب العمل من المقاول في عقود الأشــغال العامة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة بني سويف، ٢٠٠٧.

٩- د. سامي محمد الطوخي، الإدارة بالشفافية، مجلة البحوث الإدارية، مصر، مج١٤، ع١، ٢٠٠٢.

١٠- د. عبـد الفتاح صبري أبو الليل، أسـاليب التعاقـد الإداري بين النظرية والتطبيق، رسـالة دكتوراه، جامعة طنطا، ١٩٩٣.

١١- د. عـلى محمد عبد المـولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسـة مقارنة، رسـالة دكتوراه، جامعة عين شمس،١٩٩١.

١٢- د. علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة، م٢٤، ع١، ٢٠٠٠.

١٣- د. فاروق أحمد خماس، القيود السابقة على التعاقد في عقود الإدارة، مجلة آداب الرافدين، ١٩٨٩.

١٤- د. محمد عبد الحميد أبو زيد، دوام سير المرافق العامة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، ١٩٧٥.

١٥- د. محمد عبد الله حمود، النظام القانوني لإبرام العقد الإداري، عن طريق تقنية المناقصات، دراسة مقارنـة بين التشريعين الإمـاراتي والبحريني، مجلة الحقوق، جامعة البحريـن، كلية الحقوق، العدد الأول، ٢٠٠٥.

١٦- د. محمود أبو السـعود، سـلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية (كلية الحقوق جامعة عين شمس) مج٣٩، ع ١، ١٩٩٧، ص ٣٠/١٩٥

١٧- د. منصـور نـصر عبد الحميد، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على الالتزام العقدي في القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة رسالة دكتوراه، ١٩٨٥.

ج- مؤتمرات وندوات وورش عمل:

١- د. السـيد فتحي حسيب، الشـفافية والمساءلة في إدارة المناقصات، الملتقى العربي الثالث، الاتجاهات الحديثة لإدارة المشـتريات والمخازن، ورشـة عمل إدارة المناقصات وعقود الـشراء، المنظمة العربية للتنمية الإدارية.

٢- د. رمضان محمد بطيخ، قيود إبرام العقد الإداري، ندوة إدارة العقود والاتفاقيات، ورشـة عمل إدارة المفاوضات، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ٢٠٠٥.

٣- د. عـادل أحمـد محمد كرداوي، النزاهة والشـفافية والمسـاءلة تجارب سـودانية، منتـدى المائدة المستديرة» الخدمة المدنية: نحو آفاق جديدة في تقوية النزاهة والشفافية والمساءلة الإدارية، المنعقد باسطنبول-تركيا بتاريخ ٢٠-٢٢-يوليو، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ٢٠٠٩.

٤- ورشـــة عمـــل ديوان المظالم بتاريـــخ ١٤٣٥/٧/٢٦ هـ بمقر محكمة الاســـتئناف الإداريـــة بمنطقة مكة المكرمة، حول طبيعة التظلم من اللجنة المشكلة في وزارة المالية بناءً على نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

د- الموسوعات القضائية:

- القضاء الإداري في خمس سنوات،١٤١٠-١٤١٤هـ إعداد المستشار حسونة توفيق (ديوان المظالم).
- الموســـوعة الإدارية الحديثة، د. نعيم عطية، وأ. حســـن الفكهاني، (الدار العربية للموســـوعات (حسن الفكهاني - محام) ١٩٩٤، ١٩٩٥.
- مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٧هـ (ديوان المظالم).
- مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٨هـ (ديوان المظالم).
- مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٢٩هـ (ديوان المظالم).
- مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٣٠هـ (ديوان المظالم).
- مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٣١هـ (ديوان المظالم).
- مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٣٢هـ (ديوان المظالم).
- مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية التي قررتها لجنة تدقيق القضايا خلال عام١٣٩٧:١٣٩٩هـ.
- مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية التي قررتها لجنة تدقيق القضايا خلال عام ١٤٠٠هـ.
- مجموعة المكتب الفني أحكام المحكمة الإدارية العليا (مجلس الدولة المصري).
- موســـوعة أحـــكام القضاء الإداري، مكتبة القـــاضي، تشريعات وأحكام جمهورية مـــصر العربية، إعداد الأستاذ سعيد محمود الديب المحامي، أسطوانة مدمجة.

ثانياً: الكتب الأجنبية والمترجمة:

1-André de Laubadere، traite de droit administratif، L.G.D.J 1976.

2-Georges Dupuis، Marie-José Guédon et patrice chrétien، droit administratif، éd.9.2004.

3-Marie- Christine Rouault، Droit administratif، Gualino éd، EJA، Paris، 2005.

4-Patrick Fraisseixet. Jean-Paul، précis de droit public، puf.2000.

5-Pierre-Laurent Frier، Précis de droit administratif، 3، éd. Montchrestien، 2004.

6-Pierre Tifine، droit administratif français – Quatrième Partie – Chapitre 2 Les contrats administratifs، 2014.

7-Yves Gaudement Traite de droit administratif،éd، 16.L.G.D.J. Paris.2001.

١- الأســتاذ مارسو لون، والأستاذ بروسبير في، والأستاذ جي بريبان، والأستاذ بيير دلفولفيه والأستاذ برونو جينفــوا، أحكام المبادئ في القضــاء الإداري الفرنــسي «Les grands arrêts de la jurisprudence administrative » ترجمة الدكتور أحمد يسري، دار الفكر العربي، ط١٠، ١٩٩٥.

المؤلف في سطور

د. حمدي محمد العجمي

المؤهل العلمي:

- دكتوراه في الحقوق – جامعة القاهرة -بني سويف-١٩٩٩.

الوظيفة الحالية:

أستاذ القانون العام المشارك بجامعة الأمير سلطان، المملكة العربية السعودية.

المؤلفات العلمية:

١- مبادئ القانون الدستوري في ضوء الدساتير العربية المعاصرة، مطبوعات دار الثقافة عمان، الأردن ، ٢٠٠٩.

٢- القانون الإداري في المملكة العربية السعودية (التنظيم الإداري – النشاط الإداري) (دراسة مقارنة) مطبوعات مركز البحوث -معهد الإدارة العامة، الرياض المملكة العربية السعودية ١٤٣١هـ (الطبعة الثانية ١٤٣٧).

٣- القانون الإداري في المملكة العربية السعودية (أساليب الإدارة ووسائلها) (دراسة مقارنة) الرياض المملكة العربية السعودية ١٤٣٢هـ..

٤- القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية طبقا لنظام ديوان المظالم الجديد، (دراسة مقارنة) مؤلف مشترك ، الرياض ، المملكة العربية السعودية ١٤٣٢ هـ.

٥- القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية طبقا لنظام المرافعات الجديد، (دراسة مقارنة) مؤلف مشترك، مكتبة العالم العربي للنشر والتوزيع ، الرياض، المملكة العربية السعودية ١٤٣٦هـ.

٦- -القرارات الإدارية في المملكة العربية السعودية دراسة تحليلية وفقاً لأحدث أحكام قضاء ديوان المظالم ١٤٣٧هـ.

٧- الوجيز في النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية ، مكتبة العالم العربي للنشر والتوزيع ، الرياض ١٤٣٧هـ ، ٢٠١٧.

٨- المرجع في العقود الإدارية في المملكة العربية السـعودية ، مركز البحوث -معهد الإدارة العامة، الرياض المملكة العربية السعودية (تحت الطباعة)

البحوث العلمية.

١- أسـاس تطبيق نظرية الظروف الطارئة بين القانون المقارن والشريعة الإسـلامية. دورية معهد الإدارة العامة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٨هـ ٢٠٠٨.

٢- الفصل بغير الطريق التأديبي، دراسـة تأصيلية مقارنـة. مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع بمصر، ١٤٣٠هـ ٢٠٠٩.

٣- مـدى التعـارض بين حق الموظف المبتعث في الاسـتقالة، وبين الالتـزام بخدمة الدولة. دورية معهد الإدارة العامة، الرياض، المملكة العربية السعودية ١٤٣١ هـ ٢٠١٠.

٤- الآثـار المترتبة على الانقطاع عـن العمل الوظيفي بدون عذر في نظـام الخدمة المدنية السعودي دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الحقوق الكويت، ١٤٣٤ هـ ٢٠١٢.

٥- القرار الإداري السـلبي في النظام السـعودي والقانون المصري دراسة تحليلية مقارنة ، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع بمصر،١٤٣٧هـ ٢٠١٦.

٦- الأحكام القانونية للترقية والرقابة القضائية عليها مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع بمصر، مقبول للنشر.٢٠١٧/١٤٣٩

أبرز الخبرات العملية.

- أسـتاذ القانون العام المسـاعد بجامعة المسيرة الكبرى - طبرق – ليبيا، من العام الجامعي ٢٠٠١/٢٠٠٠ إلى العام الجامعي ٢٠٠٤ /٢٠٠٥.
- أسـتاذ القانون الاداري المسـاعد بقطاع القانون بمعهد الإدارة العامة – الرياض – المملكة العربيـة السـعودية مـن العـام ١٤٢٦ / ١٤٢٧ هـ ، الموافـق ٢٠٠٦/٢٠٠٥ إلى العام ١٤٣٣/١٤٣٢ هـ.
- أسـتاذ القانون الإداري المشـارك بقطاع القانون بمعهد الإدارة العامة – الرياض – المملكة العربية السعودية من العام ١٤٣٢ / ١٤٣٣ هـ ، وحتى العام ١٤٣٧/١٤٣٦هـ .
- عضوية هيئة تحرير دورية الإدارة العامة بالمعهد.
- مستشار غير متفرغ لمجلس الخدمة المدنية.

تم التصميم والإخراج الفني والطباعة في
الإدارة العامة للطباعة والنشر بمعهد الإدارة العامة - ١٤٣٩هـ

هذا الكتاب

يتناول موضوعاً مهماً من موضوعات القانون الإداري وهو العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية دراسة تحليلية مقارنة، وإن كانت الدراسة المقارنة قد أتت بشكل محدود اقتضته بعض موضوعات الدراسة، وقد كان التركيز والتفصيل على النظام السعودي، اعتماداً على الأنظمة السعودية في مجال العقود الإدارية لاسيما نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية، وأحكام ديوان المظالم المنشورة وغير المنشورة، في أحدث توجهاته القضائية .

وقد تضمن هذا الكتاب تمهيداً للتطور التاريخي للتنظيم القانوني للعقود الإدارية في المملكة، ثم تلاه الباب الأول عن ماهية العقد الإداري وأنواعه، ليأتي بعده الباب الثاني عن إبرام العقود الإدارية متضمناً المبادئ التي تحكم إبرام العقود الإدارية والقيود التي ترد عليها، وكذلك الوسائل التي تبرم بها تلك العقود، ووفقاً للتسلسل الموضوعي كان الباب الثالث عن الآثار المترتبة على إبرام العقود الإدارية؛ سواء أكانت تلك الآثار متعلقة بالجهات الحكومية أم بالمتعاقدين معها، وأخيراً جاء الباب الرابع ليختم موضوعات الكتاب متضمناً دراسة المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية سواء أكانت المنفصلة عنها أم المتصلة بها .

ولقد قدم الكتاب عرضاً وافياً لهذه الموضوعات وفق منهج علمي قائم على الاستقراء والتحليل نظاماً وفقهاً وقضاءً.

هذا ويعد الكتاب مرجعاً علمياً متخصصاً في العقود الإدارية في المملكة: معتمداً على أحدث الأنظمة وما ورد عليها من تعديلات، والأحكام القضائية وآخر ما وصلت إليه من اتجاهات، ليستفيد منه جميع المهتمين بالعقود الإدارية في المملكة العربية السعودية.



996014271x

تصميم وإخراج وطباعة الإدارة العامة للطباعة والنشر - معهد الإدارة العامة - ١٤٣٩ هـ